

# DE DEVOLUTIEVE WERKING VAN HET APPEL

IN HET BURGERLIJK PROCESRECHT

DOOR

L. E. H. RUTTEN

N.V. DEKKER & VAN DE VEGT  
UTRECHT 1945 NIJMEGEN



**Promotor: Prof. Mr. J. W. G. P. JURGENS**

## DE DEVOLUTIEVE WERKING VAN HET APPEL



# DE DEVOLUTIEVE WERKING VAN HET APPEL

IN HET BURGERLIJK PROCESRECHT

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT TER VERKRIJGING  
VAN DEN GRAAD VAN DOCTOR IN DE RECHTS-  
GELEERDHEID AAN DE R.K. UNIVERSITEIT TE  
NIJMEGEN, OP GEZAG VAN DEN WAARNEMENDEN  
RECTOR MAGNIFICUS, Prof. Mr. B. H. D. HERMES-  
DORF, HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER  
RECHTSGELEERDHEID, VOLGENS BESLUIT VAN  
DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT IN HET OPEN-  
BAAR TE VERDEDIGEN OP MAANDAG 30 JULI 1945  
DES NAMIDDAGS TE 4 UUR

DOOR

LUDWIG ELISE HUBERT RUTTEN

GEBOREN TE HEYTHUYSEN

N. V. DEKKER & VAN DE VEGT  
UTRECHT 1945 NIJMEGEN



*AAN MIJN OUDERS*  
*AAN MIJN VROUW*  
*AAN MIJN KINDEREN*

# INHOUD

## INLEIDING

DE ONTWIKKELING VAN HET PROCESRECHT BUITEN DE WET . . . .	Blz. 1
---	--------

## HOOFDSTUK I

### NEDERLANDSCH BURGERLIJK PROCESRECHT

§ 1. BEGRIPSBEPALING . . . . .	11
§ 2. CONVENTIE EN RECONVENTIE . . . . .	20
§ 3. HOOFDZAAK EN INCIDENTEELE VORDERING . . . . .	22
§ 4. HOOFDZAAK EN PROVISIONEELE VORDERING . . . . .	23
§ 5. MEERDERE EISCHERS; MEERDERE GEDAAGDEN . . . . .	24
<i>a.</i> Algemeene opmerkingen . . . . .	24
<i>b.</i> De jurisprudentie . . . . .	26
<i>c.</i> Critiek . . . . .	31
<i>d.</i> Samenvatting . . . . .	35
<i>e.</i> Alternatieve partijen . . . . .	46
§ 6. VOEGING EN TUSSCHENKOMST . . . . .	48
<i>a.</i> Algemeene opmerkingen . . . . .	48
<i>b.</i> Voeging . . . . .	49
<i>c.</i> Tusschenkomst . . . . .	50
§ 7. VERWIJZING EN VOEGING (artt. 158 en 159 Rv) . . . . .	53
§ 8. HOOFDZAAK EN VRIJWARING . . . . .	54
<i>a.</i> Algemeene opmerkingen . . . . .	54
<i>b.</i> Eenvoudige vrijwaring zonder dat voeging heeft plaats gehad . . . . .	54
<i>c.</i> Eenvoudige vrijwaring terwijl de waarborg zich heeft gevoegd . . . . .	60
<i>d.</i> Zakelijke vrijwaring; de waarborg heeft de zaak overgenomen; de gewaarborgde is buiten proces gesteld . . . .	61
<i>e.</i> Zakelijke vrijwaring; de waarborg heeft de zaak overgenomen; de gewaarborgde is in het proces gebleven . .	61
<i>f.</i> Zakelijke vrijwaring; de waarborg heeft de zaak niet overgenomen . . . . .	63
§ 9. OBJECTIEVE CUMULATIE . . . . .	64

	Blz.
§ 10. ALTERNATIEVE VORDERINGEN . . . . .	66
§ 11. INTERLOCUTOIR EN EINDVONNIS . . . . .	71
<i>a.</i> Algemeene opmerkingen . . . . .	71
<i>b.</i> Het begrip „eindbeslissing” . . . . .	72
<i>c.</i> De leer van den Hoogen Raad. Critiek . . . . .	78
<i>d.</i> Proeve eener oplossing . . . . .	81
<i>e.</i> Geldig appel tegen één van meerdere interlocutoire vonnissen, voordat een eindvonnis is gewezen . . . . .	86
<i>f.</i> Incidenteel appel . . . . .	87
§ 12. PRAEPARATOIR EN EINDVONNIS . . . . .	88
§ 13. AFBAKENING VAN HET GESCHIL IN HOOGER BEROEP . . . . .	90
<i>a.</i> Algemeene richtlijnen . . . . .	90
<i>b.</i> De jurisprudentie van den Hoogen Raad . . . . .	103
<i>c.</i> Samenvatting . . . . .	133
Algemeene opmerkingen . . . . .	133
De oorspronkelijke verweerder is geïntimeerde . . . . .	133
Is een uitdrukkelijke herhaling van weren noodig? . . . . .	137
De oorspronkelijke eischer is geïntimeerde . . . . .	139
Bijvorderingen: wettelijke rente; proceskosten; uitvoerbaarheid bij voorraad en bij lijfswang; dwangsom . . . . .	145
De positie van den appellant . . . . .	147
Bijvorderingen . . . . .	149
Kan het appel strekken ten nadeele van den appellant? . . . . .	149
Art. 48 Rv. . . . .	151
Schema . . . . .	151
<i>d.</i> Bijzondere gevallen (art. 284 B.W.) . . . . .	151
§ 14. UITSPRAKEN OP VERZOEKSCRIFTEN . . . . .	160
§ 15. GEWIJZIGDE OMSTANDIGHEDEN . . . . .	164
§ 16. VOORBIJGAAN VAN GRIEVEN . . . . .	170
§ 17. AFDOEN OF TERUGWIJZEN? . . . . .	172
<i>a.</i> Algemeene beginselen . . . . .	172
<i>b.</i> Het recht van evocatie . . . . .	174
<i>c.</i> De artt. 355—358 Rv. . . . .	176
<i>d.</i> De artt. 355—358 Rv. met betrekking tot de devolutieve werking van het appel . . . . .	181
<i>e.</i> Taak van den appelrechter indien hij, een eindvonnis vernietigend, een instructie noodig oordeelt . . . . .	183
<i>f.</i> Eén van meerdere weren is niet onderzocht . . . . .	189
§ 18. BEWIJSINCIDENTEN . . . . .	190
<i>a.</i> Bewijsvoering in appel van dezelfde feiten, waarover in eerste instantie een bewijsvoering heeft plaats gevonden . . . . .	190
<i>b.</i> Is herhaling van in eersten aanleg gepasseerd bewijs noodig? . . . . .	197
<i>c.</i> Niet-betwisting van feiten in eerste instantie . . . . .	201
<i>d.</i> Beslissende eed . . . . .	202

# VIII

## HOOFDSTUK II

Blz.

### FRANSCH BURGERLIJK PROCESRECHT

§ 1. ALGEMEENE OPMERKINGEN . . . . .	203
§ 2. CONVENTIE EN RECONVENTIE . . . . .	205
§ 3. MEERDERE EISCHERS; MEERDERE GEDAAGDEN . . . . .	207
Ondeelbaarheid . . . . .	210
Hoofdelijkheid . . . . .	212
§ 4. HOOFDZAAK EN VRIJWARING . . . . .	215
§ 5. INTERVENTIE . . . . .	220
§ 6. OBJECTIEVE CUMULATIE . . . . .	220
§ 7. INTERLOCUTOIR EN EINDVONNIS . . . . .	221
§ 8. AFBAKENING VAN HET GESCHIL . . . . .	223
§ 9. GEWIJZIGDE OMSTANDIGHEDEN . . . . .	226
§ 10. HET RECHT VAN EVOCATIE . . . . .	226

## HOOFDSTUK III

### WETTELIJKE REGELING IN HET BUITENLAND

A. DUITSCHLAND . . . . .	230
§ 1. ALGEMEENE OPMERKINGEN . . . . .	230
§ 2. CONVENTIE EN RECONVENTIE (KLAGE UND WIEDERKLAGE) . . . . .	233
§ 3. SUBJECTIEVE CUMULATIE (SUBJEKTIEVE KLAGENHÄUFUNG; STREITGENOSSENSCHAFT) . . . . .	234
§ 4. OBJECTIEVE CUMULATIE (OBJEKTIVE KLAGENHÄUFUNG) . . . . .	240
§ 5. ALTERNATIEVE VORDERINGEN (EVENTUALKLAGENHÄUFUNG) . . . . .	240
§ 6. VOEGING (VERBINDUNG VON PROZESSEN) . . . . .	241
§ 7. TUSSCHENKOMST EN VOEGING (HAUPTINTERVENTION UND NEBENINTERVENTION) . . . . .	242
a. Hauptintervention . . . . .	242
b. Nebenintervention . . . . .	243
§ 8. VRIJWARING (STREITVERKÜNDUNG) . . . . .	245
a. Gewone vrijwaring . . . . .	245
b. Streitverkündung an Gläubigerrecht Beanspruchende . . . . .	245
c. Urheberbenennung . . . . .	246
§ 9. TUSSCHENVONNIS EN EINDUITSPRAAK . . . . .	246
§ 10. AFBAKENING VAN HET GESCHIL . . . . .	248
§ 11. TERUGWIJZING NAAR DEN EERSTEN RECHTER . . . . .	250
§ 12. BEWIJSMIDDELEN IN HOOGER BEROEP . . . . .	252
B. OOSTENRIJK . . . . .	253
C. ZWITSERLAND . . . . .	259
D. JOEGOSLAVIE . . . . .	261
E. DENEMARKEN . . . . .	263
F. ZWEDEN . . . . .	265
Lijst van verkort aangehaalde werken . . . . .	268
Lijst van aangehaalde arresten van den Hoogen Raad . . . . .	270



## INLEIDING

### DE ONTWIKKELING VAN HET BURGERLIJK PROCESRECHT BUITEN DE WET.

Men kan betwijfelen of de samenstellers van de Fransche en Nederlandsche wetboeken in het begin der vorige eeuw werkelijk zoo naïef zijn geweest te veronderstellen, dat het recht door de codificatie voor alle tijden volledig zou zijn vastgelegd. In elk geval is deze wensch, zoo hij al heeft bestaan, een utopie gebleken. De maatschappij is in voortdurende ontwikkeling, en als gevolg daarvan behoort ook het recht in voortdurende ontwikkeling te zijn.

Het geweldige werk van de codificatie, waardoor een systematische indeeling van het recht een einde maakte aan de verwarring, welke daarvóór heerschte — toepasselijkheid van Romeinsch recht; Oud-Vaderlandsch recht; Canoniek recht; Leenrecht; Provinciale en Stedelijke ordonnantien; Landsgewoonten en Plaatselijke gewoonten — staat boven alle critiek. Het groote voordeel, verbonden aan de samenvatting van een bepaald gedeelte van het recht in één wetboek, kan niet te hoog worden aangeslagen. De codificatie brengt echter één nadeel mede: zij belemmert de vrije ontwikkeling van het recht. Het is uiterst moeilijk, grondige veranderingen in een wetboek aan te brengen.<sup>1)</sup>

Een der gevolgen hiervan is geweest dat ontelbare bepalingen, vooral van burgerlijk recht en handelsrecht, maar ook van strafrecht en burgerlijk procesrecht, welke niet zonder bezwaar konden worden samengeperst binnen het nauwe keurslijf der bestaande wetboeken, werden ondergebracht in afzonderlijke wetten, vooral gedurende de laatste decennia.

De ontwikkeling van het recht komt veel sterker tot uiting bij het materiele recht, met name het burgerlijk recht en het handelsrecht, dan bij het formeele recht, met name het burgerlijk procesrecht. De oorzaken hiervan liggen voor de hand: beide onderdeelen van het recht zijn van een andere orde. Het burgerlijk- en handelsrecht regelt de materiele belangen, de rechten en verplichtingen der individuen. Het is niet door abstracte redeneering tot stand gekomen, doch grootendeels direct ontleend aan verschijnselen en instituten, welke in en door de maatschappij zijn voortgebracht. Het kan dan ook niet anders, of het mate-

---

<sup>1)</sup> BELLEFROID no. 52.

rieel recht moet door nieuwe maatschappelijke toestanden en omstandigheden, handelsgebruiken, de ontwikkeling van techniek, van verkeersmiddelen en communicatiemiddelen, en door wijziging in opvatting omtrent moraal en zeden, in voortdurende aanpassing en ontwikkeling zijn, wil het niet spoedig verouderen.

Van geheel anderen aard is het burgerlijk procesrecht: dit heeft tot taak het materiele recht te handhaven. Weliswaar is het procesrecht, evenals het burgerlijk recht, grootendeels historisch gegroeid uit vroegere voorschriften en gebruiken, en zijn algemeene grondslagen wortelen eveneens in het rechtsbewustzijn.<sup>1)</sup> Doch de bepaling, op welke wijze het materiele recht kan worden geldend gemaakt, zal veeleer door abstracte redeneering kunnen tot stand komen — hetgeen in werkelijkheid ook voor een aanmerkelijk deel is geschied — dan de bepaling, welk dit recht *is*. De voorschriften van het procesrecht, voor het overgrootste deel vormvoorschriften, zullen derhalve veel minder noodzakelijk aan wijziging onderhevig zijn dan de bepalingen van het materiele recht.

Niettemin kan ook het procesrecht niet geheel ontkomen aan den invloed van veranderingen in maatschappelijke toestanden. Ook het procesrecht maakt hierdoor een ontwikkelingsgang door, zij het in aanmerkelijk mindere mate dan het materiele recht.

In de wet zelf zijn eenige sporen van dien ontwikkelingsgang te zien. Nadat reeds herhaaldelijk op wetswijziging was aangedrongen — ontwerp-OLIVIER 1865; diverse vergaderingen van de Nederlandsche Juristenvereniging — kwam in 1896 de *lex-Hartogh* tot stand. Daarna hebben slechts enkele partieele wijzigingen van geringeren omvang plaats gevonden, o.a. in 1924 en 1934.

Doch ook na 1896 is van verschillende zijden sterk aangedrongen op ingrijpende wetswijziging, zelfs op vervanging van het bestaande door een geheel nieuw wetboek. In 1911 verschenen de ontwerpen van de Nederlandsche Juristenvereniging, en van den Vrijzinnig Democratischen Bond, in 1920 het ontwerp GRATAMA. Aan critiek heeft het dezen ontwerpen niet ontbroken, vooral wat betreft het vraagstuk van de lijdelijkheid van den rechter. Men leze slechts wat FRUIN hierover schreef:

„De drie ontwerpen hebben aanvankelijk eenige stof opgeworpen, doch slapen thans en allicht voor goed. Gelukkig; het beginsel dat de genezing voor de kwalen zou te vinden zijn door de instructie der procedure uit de handen van partijen in die van den rechter over te brengen is een waan. Aan onze procedure kleven groote gebreken; haar allerbeste eigenschap is echter de volkomen onbevangenheid des rechters, die haar ter beslissing krijgt. De rechter, die tot de

<sup>1)</sup> Vgl. PETIT blz. 1: „Wie zou procesregelen over het algemeen willen rekenen tot de „natuurlijke normen“, waarin de rechtsovertuiging zich dwingend baan breekt? Toch behoort het formeele recht, meer dan het materiele, tot hetgeen een volk als eigen bezit; er is wellicht geen deel van het recht, dat zoozeer verschilt naar de nationale en zelfs plaatselijke sfeer“.

instructie van het proces medewerkt, boet van die onbevangenheid in. Wie de praktijk kent, weet, hoe moeilijk het velen rechters valt een eenvoudig getuigenverhoor onbevangen te leiden.

In ons strafproces is den rechter van instructie de bevoegdheid ontzegd om aan de beslissing mede te werken. Toen ons nieuwe wetboek van strafvordering tot stand kwam werden tegen de bevangenheid van den rechter van instructie waarborgen noodig geacht. Den rechters, die tegen die waarborgen thans willen reageeren, ontbreekt zelfkennis".<sup>1)</sup>

Dat de drie genoemde ontwerpen voorgoed slapen is wel waarschijnlijk, maar de aandrang tot ingrijpende wetswijziging is allerm minst geluwd, hetgeen met name tot uiting is gekomen nadat FRUIN de critische uitlatingen neerschreef, welke hierboven werden aangehaald. Gewezen worde slechts op de meer of minder gedetailleerde voorstellen van HOOGENBERGH, DIRKZWAGER, BELINFANTE en ARIENS, waarin vooral een meer zelfstandige instructie-bevoegdheid voor den rechter wordt bepleit.<sup>2)</sup>

Hoe dit alles ook zij, en welken invloed de verschillende voorstellen tot wetswijziging ook kunnen hebben op de ontwikkeling van het procesrecht, deze ontwikkeling is tot nu toe door *wetswijziging* slechts in zeer geringe mate tot uiting gekomen. Het is de *rechtspraak* welke het procesrecht in voortdurende ontwikkeling doet zijn.

Men kan er over twisten of de rechtspraak als een zelfstandige formeele bron van het recht moet worden beschouwd,<sup>3)</sup> en men behoeft geen voorstander te zijn van de leer der vrije rechtsvorming<sup>4)</sup>, doch het valt niet te betwisten dat door de rechtspraak naast en buiten de wet rechtsregels worden gevormd. Al zouden deze rechtsregels theoretisch kracht van wet missen, de ervaring leert dat dergelijke regels, welke algemeen door de rechtsprekende colleges worden toegepast in constante jurisprudentie, worden aanvaard alsof zij kracht van wet hadden.

Een regel krijgt, wanneer de rechter hem heeft aanvaard, practisch waarde en gezag, en het verkeer gaat er zich naar richten. Wordt de rechtspraak vast, dan moet het dit.<sup>5)</sup>

Degene, die een proces wil beginnen, of zich tegen een ingestelde vor-

<sup>1)</sup> FRUIN blz. 280.

<sup>2)</sup> „Modern Procesrecht. Schets voor een nieuw wetboek van burgerlijke rechtspleging”, door Mr. P. H. M. HOOGENBERGH, 1938.

„Proeve van een ontwerp voor een wetboek van burgerlijke rechtsvordering”, door Mr. A. DIRKZWAGER, 1940.

„De hoofdbezwaren tegen de huidige burgerlijke procesorde”, door Mr. A. D. BELINFANTE en Mr. W. H. ARIENS; antwoorden op de prijsvraag der Vereeniging Handelsrecht, 1940.

<sup>3)</sup> Vgl. VAN KUYK blz. 152 en daar aangehaalde literatuur; SCHOLTEN Algemeen Deel blz. 118—119.

<sup>4)</sup> Vgl. hierover BELLEFROID no. 110, en de daar aangehaalde literatuur; VAN KUYK blz. 172 vv.

<sup>5)</sup> Vgl. SCHOLTEN Algemeen Deel blz. 117. Vgl. ook BREGSTEIN, Het gezag van de rechtspraak tegenover het geldende recht; rede 1939.

dering wil verweren, begint met de jurisprudentie te bestudeeren, ten-einde daaruit op te maken welke beslissing vermoedelijk in zijn zaak zal worden genomen. De lagere rechter zelf richt zich veelal naar de opvatting van den hoogereren rechter. <sup>1)</sup>

Het is bekend dat de lagere colleges, evenals ook de Hooge Raad zelf, bij de motiveering van haar uitspraak dikwijls de motiveering uit een arrest van den Hoogen Raad in een soortgelijk geval overnemen. Op een zeer sprekend voorbeeld hiervan wijst SCHOLTEN, n.l. de omschrijving, welke de Hooge Raad in 1919 gaf van de onrechtmatige daad. Door alle rechtsprekende colleges in den lande wordt deze omschrijving gelijk gesteld met een positieve wetsbepaling. Toen de Hooge Raad in 1928 <sup>2)</sup> voor de vraag stond, wanneer een daad van den Staat als onrechtmatig mag heeten, was het de uitlegging van een onderdeel dezer van den Hoogen Raad zelf afkomstige formule, waarop het cassatiemiddel afstuitte. De Hooge Raad behandelde hier zijn eigen formule geheel als een tekst der wet. <sup>3)</sup>

Even veelzeggend voor de kracht van de rechtspraak drukte zich de Strafkamer van den Hoogen Raad in 1941 uit toen de beteekenis van art. 178 der Algemeene Wet in het geding kwam:

„dat deze opvatting geheel in overeenstemming is met die reeds gehuldigd door den Hoogen Raad in zijn arrest van 30 Juni 1862;

dat de bewoordingen van genoemd artikel 178 niet zoo duidelijk zijn, dat zij een andere opvatting uitsluiten, doch de Hooge Raad, lettende op de omstandigheid, dat sinds zijn voormeld arrest, het artikel in de daarbij gehuldigde, met den tekst zeer zeker niet onverenigbare beteekenis als recht heeft gegolden, geen aanleiding aanwezig acht om van de in dat arrest neergelegde opvatting af te wijken”. <sup>4)</sup>

Wellicht heeft de Hooge Raad in 1862 lang gewikt en gewogen voordat Hij tusschen de twee mogelijkheden een keuze deed, doch de toen als juist aanvaarde opvatting zal nog tientallen jaren later als recht gelden, niet omdat de argumenten voor die keuze van doorslaggevende beteekenis waren, doch omdat de keuze toen eenmaal is gedaan. Had de Hooge Raad in 1862 de andere mogelijkheid verkozen, dan zou zonder twijfel de andere opvatting als geldend recht zijn aanvaard.

De hier berechte kwestie was van vrij ondergeschikt belang. Van zeer groot belang kan het handhaven van een eenmaal aanvaarde opvatting echter zijn, indien een afwijking daarvan verstrekkende gevolgen zou hebben voor het rechtsleven. <sup>5)</sup>

<sup>1)</sup> VAN KUYK blz. 155.

<sup>2)</sup> H.R. 29 Juni 1928, W. 11864; N.J. 1928 blz. 1138 (Strooppotarrest).

<sup>3)</sup> SCHOLTEN Algemeen Deel blz. 116. Vgl. over dit heele onderwerp SCHOLTEN Algemeen Deel, § 19: Het gezag der Rechtspraak, blz. 114—124.

<sup>4)</sup> H.R. 10 Maart 1941, W. en N.J. 1941 no. 510, m.o. T.

<sup>5)</sup> Vgl. de conclusie van den Adv. Gen. LEDERBOER (niet de P.G. NOYON, zooals in de N.J. abusievelijk is vermeld) vóór H.R. 11 December 1914, W.

De rechter neemt in tweeërlei opzicht aan de rechtsvorming deel: door de wet te interpreteren, en door, bij het zwijgen der wet, nieuwe regels op te stellen.<sup>1)</sup>

Zoowel wanneer aan een zeker wetsvoorschrift door uitlegging een bepaalde beteekenis is toegekend, als wanneer een leemte in de wet is aangevuld, kan het zijn dat deze door de rechtspraak vastgestelde beteekenis of aangevulde regel onveranderd wordt toegepast. In vele gevallen echter wordt hierin door de rechtspraak wederom verandering gebracht, somtijds doordat een aangenomen opvatting plotseling wordt verlaten, meestal echter doordat geleidelijk en bijna ongemerkt een nieuwe opvatting zich baan breekt.

De mogelijkheid, dat de regels, welke door de jurisprudentie worden opgesteld, wederom worden gewijzigd, moge somtijds een nadeel beteekenen voor de rechtszekerheid,<sup>2)</sup> een groot voordeel van het „rechterrecht” is, dat daarbij de versteening, welke het wettenrecht kenmerkt, is uitgesloten.<sup>3)</sup> De jurisprudentie wordt geleid door een groot aantal factoren: wetenschap, traditie, historie, vreemd recht, moraal, rechts-overtuiging enz., maar vooral door het doel, waarvoor de rechtspraak is ingesteld: de gerechtigheid te verwezenlijken, goed recht te spreken. Wanneer inmiddels de denkbeelden en opvattingen zóó zijn gewijzigd, dat de bestaande jurisprudentie met de heerschende rechtsovertuiging in strijd is gekomen, dan moet zij overstag gaan, „wil het recht niet verstarren, en wil niet het voorgeslacht, tegen de in het nageslacht levende rechtsovertuiging in, over dat nageslacht blijven heerschen.”<sup>4)</sup> Het is mogelijk dat het voorgeslacht, door middel van de door dit voorgeslacht uitgevaardigde *wetten*, over het nageslacht blijft heerschen; voorzoover hierin geen verandering wordt gebracht doordat de ontwikkeling van het positieve recht te kort schiet kan de *jurisprudentie* het recht, zij het in geringe mate, met de heerschende opvatting in overeenstemming brengen, en doet zij dat ook.

Hierboven werd reeds opgemerkt dat de noodzakelijkheid voor ontwikkeling van het procesrecht, in hoofdzaak vormelijk recht, in veel mindere mate voorhanden is dan bij het burgerlijk- en handelsrecht, maar dat niettemin ook het procesrecht in voortdurende ontwikkeling is, welke is aan te toonen zoowel bij de interpretatie van wetsbepalingen

---

9755; N.J. 1915 blz. 238, toen de rechtsgeldigheid van een stichting werd betwist: „De leer van den H.R. kan als geldend recht worden beschouwd en de continuïteit van de rechtspraak in een materie als deze is van zoodanig overwegend belang, dat ik reeds daarom het eerste middel onaannemelijk acht”. Vgl. ook SCHOLTEN Algemeen Deel blz. 123.

<sup>1)</sup> Vgl. BELLEFROID no. 111.

<sup>2)</sup> Voor wat betreft de beteekenis, welke de rechtspraak heeft voor de rechtszekerheid, vgl. SCHOLTEN Algemeen Deel blz. 121—123.

<sup>3)</sup> VAN KUYK blz. 157.

<sup>4)</sup> TAVERNE in zijn onderschrift onder H.R. 10 Maart 1941, W. en N.J. 1941 no. 510.

als bij het aanvullen van leemten, zoowel op onderdeelen als in groote lijnen. Men zal niet verlangen dat deze stelling door een groot aantal feiten wordt gestaafd.<sup>1)</sup> Wij wijzen slechts op enkele voorbeelden van een dergelijken ontwikkelingsgang, in de eerste plaats op een algemeene verandering in de procesvoering, waarin deze ontwikkeling tot uiting is gekomen, namelijk het zich losmaken van de overheersching der vormen. Wij meenen zulks niet beter te kunnen doen dan enkele passages aan te halen uit de schets, welke FRUIN hiervan geeft:<sup>2)</sup>

„De eerste halve eeuw na de invoering van het wetboek gold als axioma, dat naar de letter daarvan moest worden geprocedeerd; de doctrine en de rechtspraak uit die periode zijn aan die letter gewijd.... Geen proces werd gevoerd of aan den tegenstander werden alle bedenkbare formeele verdedigingen voorgeworpen, die aan het wetboek konden worden ontleend. Geen processtuk kon worden opgemaakt, of de grootst mogelijke voorzichtigheid moest worden inachtgenomen, dat niet over formaliteiten zou worden gestruikeld en daardoor de procedure zoude mislukken. Een procedure werd dientengevolge een behendigheidsspel. Geen man der praktijk zag enig bezwaar in het opwerpen van vormmiddelen.... De rechter deed aan die praktijk van ganscher harte mede. Wie de rechtspraak uit die periode raadpleegt, zal haast immer een deel van het vonnis of arrest aan vormquestiën zien gewijd, voordat eindelijk het eigenlijk rechtsgeschil wordt onderzocht en — indien het zoover komt — wordt beslist....

Het duurde jaren, voordat het besef levendig werd, dat „la forme emporte le fond” een beginsel uit den boeze is. Langzamerhand ontstond de overtuiging, dat het zoo niet langer kon.... Thans is het omgekeerde op te merken en wordt een vormmiddel, wanneer geen uitdrukkelijke wetsbepaling dat volstrekt onmogelijk maakt, gepasseerd. Een wisselwerking is te dien aanzien ontstaan tusschen practizijs en rechters. De grondslag van elk procesrecht is, dat regels worden gegeven om een eerlijken rechtsstrijd te waarborgen, dat dus de eischer gehouden is en hem de gelegenheid moet worden gegeven om wat hij vordert rustig en duidelijk aan den rechter en zijn tegenpartij uiteen te zetten, en de gedaagde gehouden is en gelegenheid moet hebben om zijn verdediging behoorlijk voorbereid voor te brengen, beide om hun beweringen, zonder elkander verrassingen te bezorgen, te staven. Langzamerhand heeft zich de rechtsovertuiging gevestigd, dat gebruik van het procesrecht voor een ander doel misbruik daarvan is. Een practizijn, die poogt de beslissing van het gerezen rechtsgeschil af te snijden door het

<sup>1)</sup> Een vergelijking van de Fransche en de Nederlandsche rechtspraak toont aan dat vele vraagstukken in de beide landen op volkomen verschillende wijze zijn opgelost, hoewel de wettelijke basis dezelfde is.

<sup>2)</sup> FRUIN blz. 280 v.v.



opwerpen van een vormmiddel, wanneer de eerlijkheid van den rechtsstrijd daartoe niet volstrekt noopt, daalt in aanzien bij zijn ambtgenooten en bij den rechter."

Gehcel tevreden is FRUIN echter nog niet:

„Toch leert raadpleging der annalen der rechtspleging dat nog heel wat vormmiddelen worden aangevoerd, om den loop van een eerlijken rechtsstrijd te keeren of te vertragen, en dat de rechtspraak de lijn der ontwikkeling nog niet ten einde heeft gevolgd."

Parallel hiermede loopt de opvatting, dat de regel „nietigverklaring tenzij het ontbreken van belang blijkt", moet worden omgezet in „verwerping der nietigheid tenzij belang blijkt." <sup>1)</sup>

Het zijn hoofdzakelijk de doctrine en de rechtsovertuiging welke den stoot geven tot een dergelijke ontwikkeling, maar ten slotte is het de rechtspraak, welke een opvatting moet aanvaarden, wil zij tot een rechtsregel worden. Gewoonlijk zal een door de doctrine naar voren gebrachte wensch eerst geleidelijk, nadat vele gezaghebbende juristen hun oordeel daarover hebben kenbaar gemaakt, en dikwijls na jaren <sup>2)</sup> door de rechtspraak tot een rechtsregel worden gevormd, doch het gebeurt ook dat een enkel geschrift een omwenteling in de rechtspraak teweegbrengt: de leer van CAROLI omtrent art. 292 Rv. bijvoorbeeld is enkele jaren na het verschijnen van zijn boek door de jurisprudentie algemeen aanvaard. <sup>3)</sup>

De wet zegt in artikel 46 Rv. wat onder een praeparatoir en een interlocutoir vonnis moet worden verstaan, maar het is de rechtspraak (in aansluiting aan de doctrine) die deze begrippen nader heeft ontwikkeld. Zelfs heeft de rechtspraak een nieuw begrip gevormd ter onderscheiding van een eigenlijk praeparatoir vonnis, het zoogenaamde dictum ter rolle. <sup>4)</sup>

Van een provisioneele en een incidenteele vordering geeft de wet geen definitie. Ook hier zal men, afgezien van de literatuur, uiteindelijk in de jurisprudentie naar een begripsbepaling moeten zoeken. Hiermede is intusschen allermintst gezegd dat deze reeds een voldoende houvast biedt. Tot nu toe is het vaste rechtspraak van den Hoogen Raad geweest dat bijvoorbeeld de uitspraak op een verzoek om iemand in vrijwaring op te roepen een praeparatoir vonnis zou zijn. Aan de hand van een recent arrest betoogt SCHOLTEN dat deze leer niet langer houdbaar

<sup>1)</sup> Vgl. VAN KUYK blz. 213.

<sup>2)</sup> Vgl. SCHOLTEN Algemeen Deel blz. 250: „Historisch loopt de rechtspraak — het ligt in den aard der zaak — achter de wetenschap aan. Zij moet wel voorzichtig zijn en behoudend. MOLENGRAAFF's artikel over artikel 1401 B.W. is van 1887. Eerst in 1919 aanvaardt de Hooge Raad zijn leer.... HOUWING's overmacht-artikelen zijn van 1905. In 1929 eindelijk begint de reeks van arresten, waarin de Hooge Raad de beteekenis van de goede trouw in het contractenrecht vastlegt".

<sup>3)</sup> Vgl. FRUIN blz. 265.

<sup>4)</sup> Vgl. o.a. STAR BUSMANN no. 382.

is. <sup>1)</sup> Vermoedelijk is derhalve hier het eindpunt in den ontwikkelingsgang nog niet bereikt, en zal de jurisprudentie zich bij de doctrine <sup>2)</sup> gaan aansluiten.

Een voorwaardelijk eindvonnis is niet in de wet, maar wel in de jurisprudentie bekend.

Het woord *niet-ontvankelijk* noemt de wet nauwelijks, maar de rechter hanteert het begrip vrijwel dagelijks. <sup>3)</sup>

De wet kent noch een subjectieve, noch een objectieve cumulatie van rechtsvorderingen, noch het alternatief instellen van vorderingen: al deze drie wijzen van procederen worden door de jurisprudentie toegestaan, zij het ook met beperkingen. <sup>4)</sup>

Het begrip *rechtsgronden* in art. 48 Rv. heeft de rechtspraak langen tijd meenen te moeten vaststellen in tegenstelling tot *rechtsmiddelen*. Thans schijnt men het artikel eerder te willen interpreteren door de tegenstelling in de *feitelijke gronden* te zoeken. <sup>5)</sup>

In 1852 bepleitte DES AMORIE VAN DER HOEVEN wetswijziging, opdat zou komen vast te staan of in hooger beroep opnieuw bewijs kon worden opgelegd over dezelfde feiten, waarover reeds in eerste instantie een bewijsvoering heeft plaats gevonden. De wetgever heeft zich de vraag nimmer aangetrokken, maar de rechtspraak heeft de kwestie opgelost, en aan de onzekerheid een einde gemaakt. <sup>6)</sup>

Zooeven kwam de vraag ter sprake of de rechtspraak met betrekking tot de kwestie, of een bepaalde beslissing praeparatoir of incidenteel is, wellicht op een keerpunt is gekomen. Deze zelfde vraag kan worden gesteld ten aanzien van een vraagstuk van meer algemeen belang. Tot nu toe is het vaste jurisprudentie, dat over niet-analogische wets-toepassing in cassatie niet kan worden geklaagd. <sup>7)</sup> Onlangs <sup>8)</sup> besliste de Hoge Raad dat op goederen, door den schuldenaar tot zekerheid in eigendom overgedragen, voorzoover mogelijk toepasselijk zijn de bepalingen van de Faillissementswet omtrent door den schuldenaar in hypotheek of pand gegeven goed. De Hoge Raad is tot deze beslissing gekomen na o.a. te hebben overwogen:

„O. dat het overdragen van eigendom door een schuldenaar aan zijn schuldeischer tot zekerheid van de schuldvordering, in

<sup>1)</sup> H.R. 15 Mei 1941, W. en N.J. 1942 no. 35 m.o. P.S.

<sup>2)</sup> VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 68 aant. 10; STAR BUSMANN nos. 327 en 382.

<sup>3)</sup> Vgl. hierover o.a. MEYERS, De invloed der praktijk op de vorming van het Nederlandsche procesrecht, in Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis I; STAR BUSMANN nos. 234 v.v.

<sup>4)</sup> Vgl. hierover het artikel van schrijver dezes in R.M. Themis 1941 blz. 31 v.v.

<sup>5)</sup> Vgl. hieronder Hoofdstuk I § 13 onder a.

<sup>6)</sup> Vgl. hieronder Hoofdstuk I § 18.

<sup>7)</sup> Vgl. LEON- VAN PRAAG, Rechterlijke Organisatie II blz. 587; SCHOLTEN Algemeen Deel blz. 95—96.

<sup>8)</sup> H.R. 3 Januari 1941, W. en N.J. 1941 no. 470 m.o. P.S.

Nederland in zwang is gekomen lang nadat in 1893 de Faill.wet was tot stand gekomen en dan ook in die wet iedere bepaalde behandeling van die figuur ontbreekt;

dat daarom valt na te gaan, welke beginselen die wet huldigt op het stuk van schuldeischers die zich op door haar wél behandelde wijze een bijzondere zekerheid voor hun vordering hebben bedongen, ten einde daarna die artikelen toe te passen, welke strekking en opzet passend is voor de figuur, welke zich hier voordoet;"

Op het instituut van eigendomsoverdracht tot zekerheid past derhalve de Hooge Raad bepaalde wetsartikelen analogisch toe. Wat moet nu de Hooge Raad doen, zoo vraagt SCHOLTEN zich in zijn annotatie af, indien de lagere rechter in strijd met deze uitspraak de vordering van den crediteur met eigendom tot zekerheid als een concurrente zou behandelen? Indien de Hooge Raad zich daarbij neerlegt, dan zou de cassatie-rechtspraak een van haar belangrijkste doeleinden missen. Er kan echter geen artikel worden aangehaald waarin staat dat deze vordering bevoorrecht is. De eenige oplossing is dat de Hooge Raad breekt met zijn leer dat over niet-analogische wetstoepassing niet kan worden geklaagd.<sup>1)</sup>

Het zou niet moeilijk zijn, door de jurisprudentie op elk wetsartikel vanaf de inwerkingtreding van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering na te gaan, aan de hand van talloze feiten aan te toonen dat de jurisprudentie rechtsregels vormt naast en buiten het in de wet vastgelegde recht. Wij volstaan echter met de genoemde voorbeelden ter illustratie van de stelling, dat het procesrecht, ook afgezien van

---

<sup>1)</sup> Er zij hier op gewezen dat SCHOLTEN reeds in 1927 in zijn onderschrift onder H.R. 10 Juni 1927, N.J. 1927 blz. 1107, hoewel eenigszins weifelend, opmerkt, dat door dit arrest de H.R. wellicht is afgeweken van zijn leer, dat in cassatie op grond van niet-analogische wetstoepassing niet kan worden geklaagd, en deze meening hierop grondt, dat de Hooge Raad art. 348, tweede lid Rv. blijkbaar ook toepasselijk acht op den oorspronkelijken eischer, indien deze zich op zijn beurt verweert tegen een opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid.

Indien dit uitgangspunt juist was zou hieruit moeten worden geconcludeerd, dat de Hooge Raad zijn genoemde leer reeds in 1927 heeft verlaten. Maar dan zou het ook onjuist zijn nog te spreken, zooals SCHOLTEN in zijn Algemeen Deel en in zijn annotatie van 1941 doet, van de „vaste" leer van den Hoogen Raad, dat over niet-analogische wetstoepassing niet kan worden geklaagd. Immers, voorzover ons bekend, heeft de Hooge Raad na 1927 daarover geen beslissing meer gegeven.

Het genoemde uitgangspunt lijkt ons echter niet juist. De Hooge Raad heeft zich o.i. niet op het standpunt gesteld dat het den eischer geoorloofd was een nieuwe *weer* in hooger beroep aan te voeren, doch dat het hem vrijstond in hooger beroep een *verzuim* te herstellen. Waarschijnlijk heeft de Hooge Raad met het aangehaalde artikel 348 Rv. als geschonden aangemerkt, doch het aangehaalde artikel 332 Rv.

Indien dit standpunt juist is komt de vraag naar al dan niet analogische wetstoepassing in het arrest van 1927 niet ter sprake. Vgl. over dit arrest verder hoofdstuk I § 18 hieronder.

wetswijzigingen, in voortdurende ontwikkeling is, welke stelling ter inleiding strekke van het vraagstuk, hetwelk het onderwerp van dit geschrift vormt: de devolutieve werking van het appel.

De wet zegt in artikel 332 Rv. dat partijen in hooger beroep kunnen komen van vonnissen, gewezen bij kantonrechters, rechtbanken en hoven, in zaken, waarin deze niet anders dan in het eerste ressort kunnen oordeelen, doch laat zich over de gevolgen van dit hooger beroep niet uit. De wet regelt niet hoever het appel zich uitstrekt indien aan den eersten rechter tegelijk meerdere vorderingen in één procedure ter berechting worden voorgelegd; indien in eerste instantie meerdere eischers of meerdere gedaagden waren opgetreden; indien derden aan het proces hadden deelgenomen; indien de eerste rechter een of meerdere tusschen-vonnissen had gewezen; indien de appellerende partij zich slechts door een van meerdere geschilpunten gegriefft gevoelt; indien zich gedurende den aanleg van den rechtsstrijd belangrijke veranderingen hebben voorgedaan, enz. enz. Slechts een klein onderdeel van het vraagstuk regelt de wet in de artikelen 355—358 Rv.

Het is de rechtspraak, welke op deze en dergelijke vragen met zijn velerlei aspecten het antwoord moet geven, en regels moet opstellen waaraan de procedeerende partijen zich moeten houden. . . . maar waarop zij ook kunnen vertrouwen. Het geheele vraagstuk kan men beschouwen als geregeld naast en buiten de wet.

In hoeverre de Nederlandsche jurisprudentie aan de vorming van deze regels heeft deel gehad hebben wij getracht uiteen te zetten in het eerste hoofdstuk. Vervolgens hebben wij een uiteenzetting gegeven van de Fransche leer, zoodat kan worden nagegaan in hoeverre het vraagstuk in de beide landen parallel is geregeld, en in hoeverre er tegenstellingen bestaan. In het derde hoofdstuk ten slotte volgt een summier overzicht van enkele moderne wetgevingen, voorzover daarin het vraagstuk, meer of minder volledig, is geregeld.

---

## HOOFDSTUK I

### NEDERLANDSCH BURGERLIJK PROCESRECHT

#### § 1. BEGRIPSBEPALING

Aan de devolutieve werking van het appel is in de Nederlandsche rechtsliteratuur nauwelijks eenige aandacht geschonken. OUDEMAN gebruikt de omschrijving „de devolutieve kracht van het hooger beroep” als opschrift van een afzonderlijke paragraaf, <sup>1)</sup> doch met uitzondering van den eersten volzin handelt deze uitsluitend over den inhoud der artikelen 354 en volgende Rv. Hij beschouwt het vraagstuk dus vanuit een zeer beperkt oogpunt. <sup>2)</sup> DE PINTO laat er zich over uit als hij de vraag stelt wat hooger beroep is <sup>3)</sup>. VAN BONEVAL FAURE wijdt er enkele bladzijden aan. <sup>4)</sup> In andere handboeken over het Nederlandsche Burgerlijke Procesrecht worden, hier en daar verspreid, wel vraagstukken besproken, welke direct of indirect met de devolutieve werking van het appel verband houden, maar de term wordt niet genoemd, en het begrip ternauwernood aangeroerd. Afgezien van enkele annotaties onder arresten van den Hoogen Raad zijn speciale artikelen of geschriften over het onderwerp ons niet bekend.

De weinige Nederlandsche schrijvers, die aan dit vraagstuk eenige woorden wijden, spreken eensluidend van de devolutieve *kracht* van het appel. Wij hebben echter gemeend deze uitdrukking niet te moeten overnemen, doch geven er de voorkeur aan het leerstuk in het algemeen aan te duiden als „de devolutieve *werking* van het appel”, omdat het woord „werking” ons hier taalkundig beter op zijn plaats lijkt dan het woord „kracht”. <sup>5)</sup>

Uit het feit, dat het vraagstuk in de literatuur slechts sporadisch wordt genoemd, leide men niet af dat het voor de praktijk van weinig of geen beteekenis zou zijn. In ontelbare procedures is gestreden over de vraag, hoever de omvang van het appel zich uitstrekt; zeer vele malen

---

<sup>1)</sup> OUDEMAN, deel 2 blz. 28.

<sup>2)</sup> Zie daaromtrent hieronder § 17.

<sup>3)</sup> DE PINTO blz. 460.

<sup>4)</sup> FAURE V blz. 127 v.v.

<sup>5)</sup> In Frankrijk spreekt men van „l'effet dévolutif”.

is de Hooge Raad geroepen zijn meening in deze kenbaar te maken, met name in de laatste decennia.

Een van de beginselen van ons procesrecht is, dat de rechtspraak geschiedt in twee instanties. In art. 332 Rv. is aan de partijen de bevoegdheid gegeven van rechterlijke uitspraken in hooger beroep te komen; de artikelen 54 en 69 R.O. dragen aan de Rechtbanken en de Gerechtshoven op in hooger beroep te oordeelen over de daaraan onderworpen vonnissen van den lageren rechter. De wet regelt de wijze van procedeeën in hooger beroep, maar laat zich, behalve ten aanzien van de executie, en enkele speciale gevallen, er niet over uit wat de gevolgen zijn van het appel.

Wat moet onder de devolutieve werking van het appel worden verstaan? Men kan haar aanduiden als een tweeledige: zij onttrekt de zaak aan de rechtsmacht (*wentelt deze af*) van den eersten rechter, en onderwerpt haar aan het oordeel van den hooger en rechter. Onmiddellijk voegen wij hier echter aan toe dat dit slechts een algemeene kenschetsing is, welke in verschillende opzichten verbetering en aanvulling, of liever gezegd, beperking behoeft.

Dat door het appel de zaak aan de rechtsmacht van den eersten rechter wordt onttrokken is niet steeds juist. Het is wél juist indien de eerste rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen, doch slechts één of meer tusschenvonnissen. Wanneer daarvan wordt geappelleerd mag de eerste rechter de zaak niet verder meer beoordeelen en beslissen, hetgeen hij, indien niet was geappelleerd, wél had mogen en moeten doen.

Heeft echter de eerste rechter een eindvonnis gewezen, waartegen hooger beroep wordt ingesteld, dan wordt niet door de devolutieve werking van het ingestelde appel de zaak aan hem onttrokken: de zaak *was* immers al aan hem onttrokken vanaf het oogenblik dat het vonnis door hem werd uitgesproken.

Reeds in het Romeinsche recht was het den rechter verboden een door hem gewezen eindvonnis te wijzigen of in te trekken, hetgeen o.a. was neergelegd in de uitspraak van ULPIANUS: *Judex posteaquam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit. Et hoc jure utimur, ut judex qui semel, vel pluris, vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit; semel enim, male seu bene officio functus est.*<sup>1)</sup> Het is een beginsel voor ons procesrecht dat een eindvonnis<sup>2)</sup> verbindend is voor den rechter die het heeft gewezen, hetgeen ook uitdrukkelijk was bepaald in art. 3417 van het Ontwerp 1820:

Vonnissen, eenmaal uitgesproken, of dispositien op rekwesten, eenmaal gegeven zijnde, kunnen dan alleen bij een nader vonnis of dispositie van denzelfden regter opgeheven of krachteloos gemaakt

<sup>1)</sup> Dig. Lib. XLII tit. I lex 55.

<sup>2)</sup> In R.M. Th. 1941 blz. 219 v.v. hebben wij trachten aan te toonen dat dit beginsel overigens volstrekt niet alleen t.a.v. eindvonnissen geldt.



worden, wanneer de aard der eerstgemelde vonnissen of dispositien medebrengt, dat dezelve slechts tot zoodanige nadere uitspraak van den regter stand houden; of wanneer de voorzeide bevoegdheid door de Wet aan den regter uitdrukkelijk is toegekend.

GARSONNET stelt zich op het standpunt dat de eerste rechter, indien hij zijn vonnis uitspreekt, weliswaar van de zaak af is, maar dat het appel de zaak *volledig* aan hem onttrekt. De regel *lata sententia iudex desinit esse iudex*, zoo schrijft hij, <sup>1)</sup> heeft de zaak reeds aan den eersten rechter onttrokken in dien zin, dat hij zijn vonnis niet meer kan herroepen, doch hij kan dit nog wel uitleggen waar het duister en dubbelzinnig is, het aanvullen door accessoire maatregelen, en kennis nemen van de executiegeschillen, waartoe het aanleiding geeft.

Deze opvatting lijkt ons, voor het Nederlandsche recht althans, onjuist. Het uitleggen van zijn beslissingen behoort niet tot de functies van den rechter. Natuurlijk staat het hem vrij, indien de partijen zijn uitspraak niet goed begrepen hebben, in een „onderonsje” haar nader te verklaren, maar deze vrijheid heeft hij, onverschillig of er geappelleerd is of niet. Het door den rechter uitleggen van zijn vonnis in een nieuwe beslissing, bij een vonnis of een beschikking, zooals de Fransch jurisprudentie dat toelaat, is in het Nederlandsche recht echter onbekend.

Zijn eindvonnis aanvullen door nadere maatregelen mag de rechter niet. <sup>2)</sup> Van een ontnemen van deze bevoegdheid door het appel is derhalve geen sprake.

Ten slotte de executiegeschillen. Naar onze meening moet worden onderscheiden tusschen de vraag, welke rechter na het appel de zaak, of een gedeelte daarvan, moet berechten, en de vraag, welke rechter na het appel moet kennisnemen van de executiegeschillen, welke kunnen ontstaan naar aanleiding van de tenuitvoerlegging van een in die zaak gewezen vonnis. De eerste vraag betreft de devolutieve werking; de tweede hangt samen met de zoogenaamde *schorsende* werking van het appel. Het hooger beroep schorst immers de tenuitvoerlegging van het vonnis (art. 350 Rv.). Blijft de executie achterwege, dan is er ook geen sprake van een executiegeschil. Het is echter niet de devolutieve werking,

---

<sup>1)</sup> GARSONNET-CÉZAR-BRU, tome VI no. 102.

<sup>2)</sup> Wij willen er hier niet over twisten of de rechter wellicht een tusschen-vonnis op punten van orde kan wijzigen, b.v. het stellen van een getuigenverhoor op een anderen dag dan in het interlocutoir was bepaald. Vgl. art. 3418 Ontwerp 1820: „Bepalingen van tijd of plaats, gelijk ook benoemingen van kommissarissen, of van personen tot het doen van eenig onderzoek gelast, mogen bij nadere dispositie van denzelfden regter veranderd worden, wanneer daartoe goede redenen zijn, mits dat hetgeen veranderd wordt, slechts zij aan te merken geweest als de regeling van een onverschillig punt van orde, en geenszins tot beslissing van eenig different tusschen partijen. noch tot handhaving en verzekering van derzelve wezenlijke regten en belangen gediend hebbe”.

Bij *eindvonnissen* lijken ons dergelijke wijzigingen echter niet mogelijk.

welke deze geschillen aan den eersten rechter onttrekt, doch het is een gevolg van het uitblijven van executie, een gevolg dus van de schorsende werking, dat deze geschillen (voorloopig althans) achterwege blijven. Zeer duidelijk komt dit tot uiting indien het appel geen schorsende kracht heeft, n.l. in het geval dat het vonnis uitvoerbaar verklaard is bij voorraad; de executie kan dan voortgang vinden. Er kunnen zich dus ook executiegeschillen voordoen, maar deze geschillen zullen dan toch gebracht moeten worden voor den eersten rechter, zoolang de zaak voor den appelrechter hangende is. (Bij welken rechter ten uitvoer moet worden gelegd nadat de appelrechter uitspraak heeft gedaan wordt geregeld in artikel 354 Rv.). Het is derhalve niet de devolutieve werking van het appel, welke de executiegeschillen aan den eersten rechter onttrekt.

Wanneer de eerste rechter een eindvonnis heeft gewezen is de zaak aan hem onttrokken, en van een vollediger onttrekken door de devolutieve werking van het appel kan geen sprake zijn. Ergo: de zaak wordt alleen *dán* door de devolutieve werking van het appel aan den eersten rechter onttrokken indien deze nog geen eindvonnis had gewezen.<sup>1)</sup>

Het appel onderwerpt de zaak aan het oordeel van den appelrechter zoo stelden wij in het begin van deze paragraaf. Meer practisch belang dan de vorige kwestie heeft de vraag, welke taak door het appel aan den hooger en rechter wordt opgedragen.

Men kan zich zeer wel een processtelsel indenken, waarin door het appel de zaak, welke partijen bij den eersten rechter hebben aanhangig gemaakt, geheel en in vollen omvang aan het oordeel van den appelrechter wordt onderworpen, zoowel wat de feiten als wat het recht betreft, onverschillig of de partijen, of één van hen, zich op één of op meerdere punten door de beslissing, waarvan beroep, bezwaard gevoelen, onverschillig of de eerste rechter het geschil geheel of nog maar ten deele heeft onderzocht en berecht, en reeds een eindvonnis of slechts een of meer tusschenvonnissen heeft gewezen, ongeacht ook welke richting de eerste rechter aan het geding heeft gegeven; waarin met andere

---

<sup>1)</sup> Wij meenen hierbij enkele speciale gevallen te kunnen verwaarloozen. Een eindvonnis, bij verstek gewezen, kan tengevolge van verzet door den rechter, die het heeft gewezen, worden te niet gedaan. Indien nu de eischer van het verstekvonnis in hooger beroep gaat zal daardoor aan den gedaagde de mogelijkheid om in verzet te gaan worden ontnomen. Met eenigen goeden wil zou men hier kunnen zeggen dat door het appel de zaak aan de rechtsmacht van den eersten rechter is onttrokken.

Art. 780 Rv. geeft een geval, dat een eindvonnis kan worden hersteld door den rechter, die het heeft gewezen. Dit zal echter alleen kunnen geschieden indien tegen het vonnis geen appel meer mogelijk is (vgl. VAN ROSSEM-CLEVERINGA II blz. 526), zoodat, wanneer deze opvatting juist is, ook dan geen sprake is van een onttrekken van een eindvonnis aan den eersten rechter door de devolutieve kracht.

Hetzelfde geldt o.i. voor de vorderingen tot wijziging of intrekking van uitkeeringen tot onderhoud (art. 384b B.W.).

woorden de appelrechter voor de zaak komt te staan zooals de eerste rechter er voor stond toen het geding door de inleidende dagvaarding bij hem aanhangig werd gemaakt. Dit stelsel is echter niet dat van ons recht.

Van oudsher heeft men zich op het standpunt gesteld dat de appelrechter niet steeds geroepen is het geheele geschil, hetwelk partijen in eerste instantie verdeeld hield, opnieuw te onderzoeken, en dat partijen het in hun macht hebben het appel tot een gedeelte der beslissing te beperken, hetgeen wordt uitgedrukt in den regel: *tantum devolutum quantum appellatum*.<sup>1)</sup> Ontelbare rechterlijke uitspraken zijn op dit beginsel gebaseerd, maar een motiveering van de rechtskracht ervan is, voorzoover ons bekend, noch door den Hoogen Raad, noch door een lager college ooit gegeven. In de literatuur wordt het onderwerp nauwelijks aangeroerd. Indien het adagium wordt genoemd onderstelt men de rechtskracht ervan zonder daartoe eenig argument aan te voeren.<sup>2)</sup> Eenige aandacht is er aan gewijd door den toenmaligen advocaat-generaal BESIËR in zijn conclusie voor het arrest van 22 November 1928,<sup>3)</sup> wiens opvatting, voorzoover hier van belang aldus is weergegeven:

„... stel ik voorop, dat in hooger beroep de regel geldt, dien men pleegt samen te vatten in de rechtsspreuk: „*Tantum devolutum quantum appellatum*”. Deze regel is niet met zooveel woorden in de wet te lezen, doch volgt uit den aard van het hooger beroep in verband met de lijdelijkheid des rechters. De rechter in appel is niet geroepen om meer te beoordeelen dan aan zijn oordeel wordt onderworpen. Het is het vonnis des eersten rechters of een deel daarvan dat aan zijn beter oordeel onderworpen wordt. Hij mag dan ook in den regel niet verder gaan dan de lagere rechter gedaan is. Heeft hij over de in eersten aanleg besliste punten opnieuw geoordeeld, en is daarmede het geschil tusschen partijen nog niet afgedaan, dan is het de eerste rechter die het verder moet afdoen. De in artt. 355—357 Rv., in dit geding niet toepasselijk, voorgeschreven verwijzingen zijn van dit beginsel toepassingen, die echter in de wet vooral schijnen te zijn opgenomen om daarop uitzonderingen te maken voor bijzondere gevallen, waarin de rechter in hooger beroep tot zich kan trekken wat zonder uitdrukkelijke wetsbepaling zeker tot de taak van dien in eersten aanleg zou behooren”.

In dit betoog liggen twee grondbeginselen opgesloten: a) de beslissing

<sup>1)</sup> Zoo b.v. FAURE v blz. 131; DE PINTO blz. 456.

<sup>2)</sup> Wij zijn er niet in geslaagd den oorsprong van dit adagium op te sporen. Het is niet onmogelijk dat dit stamt uit het Canonieke Recht. Reeds in het oud-Canonieke Recht werd aangenomen dat het appel een beperkte strekking kan hebben. Men zie o.a. CAROLUS DE MEAN, *Observationes et Res Judicatae ad Jus Civile Leodensium, Romanorum, aliarumque Gentium Canonicum et Feudale*, editio tertia, pars tertia, 1740, observatio CCCXXXVIII, 3; pars quinta 1741, observatio DXCI, 6. Vgl. ook JOHANNIS VOËT, *Commentarius ad Pandectas*, tomi secundi pars secunda, Lib. 49, tit. I, 5.

<sup>3)</sup> H.R. 22 November 1928, W. 11925; N.J. 1929 blz. 147.

van den eersten rechter is slechts in zooverre aan het oordeel van den appelrechter onderworpen als daartegen door partijen is opgekomen, en *b*) de appelrechter mag niet verder gaan dan de lagere rechter gegaan is. De beginselen hangen weliswaar nauw samen, doch dienen toch te worden onderscheiden. Men kan zich immers vier stelsels ten aanzien van de taak van den appelrechter voorstellen:

1. De appelrechter neemt steeds kennis van de geheele zaak in vollen omvang, onverschillig welke houding de partijen hebben aangenomen, onverschillig of de eerste rechter reeds een eindvonnis had gewezen.

2. Het vonnis *a quo* wordt steeds in vollen omvang onderzocht, doch, indien de zaak nog niet ten principale was berecht, wordt zij, na de beslissing over het vonnis *a quo*, teruggewezen naar den eersten rechter teneinde verder te worden behandeld.

3. Het vonnis *a quo* wordt slechts onderzocht voorzoover daartegen is geappelleerd, doch, ook indien de eerste rechter nog slechts een tusschenvonnis had gewezen, moet de appelrechter de zaak verder ten principale berechten.

4. Het vonnis *a quo* wordt slechts onderzocht voorzoover daartegen is geappelleerd, en, indien de zaak nog niet ten principale was beslist, wordt zij teruggewezen naar den eersten rechter.

Het laatstgenoemde stelsel is, naar onze meening, dat van ons recht. Voor beide elementen hiervan afzonderlijk zullen argumenten moeten worden aangevoerd.

De rechtskracht van den regel, dat de appelrechter slechts in zooverre van de zaak mag kennisnemen als deze aan zijn oordeel wordt onderworpen, volgt, aldus BESIER, uit den aard van het hooger beroep, in verband met de lijdelijkheid des rechters. Wij schromen, dit argument aldus over te nemen. Wordt hier niet de *aard* genoemd wat eigenlijk slechts een *wijze van voorkomen* is? Wij kunnen ons zeer goed een stelsel als normaal voorstellen, waarin wordt vooropgesteld, dat de appelrechter bevoegd en verplicht is de uitspraak van den eersten rechter in vollen omvang te beoordeelen, ongeacht hetgeen daartegen door partijen is aangevoerd, en volledig te onderzoeken waarin deze uitspraak is te kort geschoten of de wet goed is toegepast, de feiten op de juiste wijze zijn gewaardeerd, aan alle door de partijen aangevoerde argumenten recht is wedervaren, of niet verzuimd is een of ander punt in het onderzoek te betrekken. Wij kunnen ons zelfs indenken, dat een dergelijke ruime opvatting van de taak van den appelrechter meer in overeenstemming is met het rechtsgevoel, dan een beperkte. Zal een appelrechter — die, al mag hij daarover ook slechts gedeeltelijk zijn oordeel uitspreken, toch kennis neemt van alle stukken van eersten aanleg en de volledige beslissing van den eersten rechter — het niet onbevredigend achten, wanneer hij een vonnis slechts op één punt mag verbeteren, hoewel hij ziet dat dit in meerdere opzichten onjuist is, wanneer hij misschien zelfs een uit-

spraak moet geven welke, indien hij de zaak *geheel* mocht beoordeelen, anders zou zijn geweest? Een gevoelsargument zal men dit misschien noemen, maar wij meenen toch in de jurisprudentie van de laatste jaren een streven te kunnen bespeuren om aan den appelrechter meer rechtsmacht toe te kennen dan een zeer strenge toepassing van het adagium *tantum devolutum quantum appellatum* zou mogelijk maken.

Uit den *aard* van het appel spruit het adagium o.i. dan ook niet voort. En wannecr onze wet het stelsel zou huldigen, dat de taak van den appelrechter medebrenge de zaak steeds in vollen omvang te onderzoeken — quod non—, dan komt het principe van de lijdelijkheid van den rechter niet meer in het geding: door in appel te komen leggen de partijen den appelrechter de geheele beslissing ter beoordeeling voor, en deze neemt kennis van alles, wat zij in eerste instantie voor hun standpunt hebben aangevoerd.

Liever dan op den *aard* van het appel, abstract beschouwd, zouden wij een beroep willen doen op de geschiedenis en op de werkelijkheid. In de achtereenvolgende Fransche wetgevingen, waaraan ons procesrecht grootendeels is ontleend (wij zullen hier nader op terugkomen), werd de rechtskracht van het adagium aangenomen, hoewel het ook daarin niet uitdrukkelijk was neergelegd. Vanaf het bestaan van ons wetboek heeft de jurisprudentie den in het adagium neergelegden regel toegepast alsof het een wettelijk voorschrift was. Dat men over de toepassing ervan verschillende opvatting huldigt doet hieraan niet af: het beginsel wordt niet betwist. Er wordt nauwelijks een poging gedaan de juistheid er van aan te nemen. Rechtsgeleerden als DE PINTO en VAN BONEVAL FAURE nemen aan dat het adagium voor ons recht geldt zonder de vraag naar het waarom zelfs maar te stellen. Ook andere schrijvers gaan uitdrukkelijk of stilzwijgend van de juistheid van het beginsel uit zonder argumentatie.

Wij hebben in de inleiding betoogd dat de jurisprudentie recht kan scheppen. Waar de rechtspraak gedurende tientallen van jaren een bepaalden regel zonder eenige bestrijding aanvaardt en toepast, moet men aannemen dat deze regel rechtskracht heeft, al is hij niet in de wet neergelegd.

Ook aan de wet zelf meenen wij een argument te kunnen ontleenen voor de rechtskracht van het adagium, en wel aan het tweede lid van art. 339 Rv. Indien door het principaal appel de zaak toch reeds *in vollen omvang* aan het oordeel van den appelrechter zou worden onderworpen, welk nut heeft het dan, den geintimeerde het recht te geven zijnerzijds incidenteel te appelleren? Bij het vastleggen van het instituut van incidenteel appel moet de wetgever er van zijn uitgegaan, dat door het principaal appel het geschil slechts (hoogstens) in zooverre aan den appelrechter wordt voorgelegd als de appellant door het vonnis a quo bezwaard is. De wet stelt zich dus op het standpunt dat het appel een beperkten omvang heeft, en het ligt dan ook voor de hand aan te nemen

dat deze omvang bepaald wordt door hetgeen de partijen aan den appel-rechter voorleggen; *daarbij* kan dan tevens een beroep worden gedaan op het beginsel van de lijdelijkheid van den rechter.

Het lijkt ons niet juist als hoofdregel voorop te stellen, dat in het algemeen tengevolge van het appel de hogere rechter de zaak beoordeelt en beslist in haar geheelen omvang, zooals zij aan het oordeel van den lageren rechter is onderworpen geweest, en dat op dezen hoofdregel het adagium *tantum devolutum quantum appellatum* een uitzondering vormt. De regel, dat de rechtsmacht van den appelrechter zich slechts uitstrekt over de zaak, voorzoover deze aan hem is voorgelegd, is de hoofdregel. Hieraan doet niet af dat het appel gewoonlijk zóó algemeen is ingesteld, dat in feite de appelrechter in den regel geroepen wordt over het geschil in vollen omvang te oordeelen.

Wat betreft het tweede element, n.l. dat de appelrechter in den regel niet verder mag gaan dan de eerste rechter gegaan is, hier is o.i. wel een beroep op den aard van het appel op zijn plaats, althans op het beginsel, dat de partijen er recht op hebben dat hun geschil in twee instanties wordt berecht. Voorts kan ook hier een beroep worden gedaan op de geschiedenis. Het principe ligt voorts ten grondslag aan de artikelen 355 v.v. Rv. Wij meenen hiermede voorloopig te kunnen volstaan, doch zullen er in paragraaf 17 uitvoeriger op terug komen.

De devolutieve werking van het appel zouden wij aldus willen omschrijven:

*Door de devolutieve werking van het appel wordt de zaak geheel aan de rechtsmacht van den eersten rechter onttrokken, voorzoover zij voor dien rechter nog hangende was, en aan de rechtsmacht van den appelrechter onderworpen voorzooverre zij, met inachtneming van het beginsel, neergelegd in de artikelen 355 t/m 358 Rv., door één of door alle partijen aan diens beoordeeling en beslissing wordt voorgelegd.*

De zaak wordt immers — indien zij dit niet reeds was — in ieder geval *in zijn geheel* aan den eersten rechter onttrokken, doch zij kan *ten deele* aan den appelrechter worden voorgelegd. De omvang kan bepaald worden door één partij (indien alleen principaal is geappelleerd), doch ook door beide of alle partijen (indien tevens incidenteel is geappelleerd).

De verwijzing naar het *beginsel* (niet naar de *bepalingen*) van de artt. 355 v.v. Rv. lijkt ons noodig, niet om te doen uitkomen dat de appelrechter somtijds de zaak volledig kan beslissen, hoewel de eerste rechter nog niet ten principale had geoordeeld (dit geschiedt niet tengevolge van de devolutieve werking van het appel, maar krachtens het recht van evocatie of van prorogatie; zie § 17), maar om te doen uitkomen dat niet één der partijen het appel verder kan doen strekken dan voorzooverre de eerste rechter de zaak had beoordeeld.



In zijn genoemde conclusie heeft BESIER het adagium nader omljnd: de taak van den appelrechter is negatief omgrensd doordat hij niet geroepen is méér te beoordeelen dan aan zijn oordeel is onderworpen; positief heeft de rechtspreuk deze beteekenis, dat de appelrechter het beroep ook geheel moet uitputten, en zich niet mag beperken tot een gedeeltelijke beslissing omtrent het aan zijn oordeel onderworpene.

Theoretisch kunnen wij ons met deze richtlijnen volkomen bevredigd achten. De vraag is echter of de talrijke moeilijkheden, welke zich in de praktijk voordoen, aan de hand hiervan een oplossing vinden. De rechtspraak is ontelbare malen voor de vraag gesteld, welke taak in een bepaald geval aan den appelrechter was toebedeeld. Wij zullen in de volgende §§, grootendeels aan de hand van de jurisprudentie, waaraan de Hooge Raad een ruim aandeel heeft gehad, trachten na te gaan of een stelsel van regels kan worden opgebouwd, waaraan de meestvoorkomende praktijkgevallen kunnen worden getoetst.

Vooropgesteld zij dat het in de eerste plaats de partijen zijn, die de taak van den appelrechter afbakenen. Dit kan geschieden door slechts een of enkele van meerdere *vorderingen*, welke in eerste instantie tegelijkertijd in eenzelfde proces aanhangig waren, aan het oordeel van den hoogerren rechter te onderwerpen. Het kan ook geschieden door slechts van een of enkele van meerdere *vonnissen*, in eenzelfde geding gewezen, te appelleren. Ten slotte is het mogelijk, dat slechts een *gedeelte van een geschil* aan den appelrechter wordt voorgelegd. In al deze gevallen zal moeten worden nagegaan of alles, waarover de eerste rechter tot een uitspraak geroepen was, of slechts een gedeelte hiervan, door den appelrechter moet worden beoordeeld.

Hierbij meenen wij ons niet uitsluitend te kunnen beperken tot de kwestie, wat aan het oordeel van den appelrechter is onderworpen *wanneer* een geldig appel is ingesteld. In de praktijk doen zich moeilijkheden voor welke onmiddellijk met ons onderwerp in betrekking staan. Een onderzoek van de vraag, welk deel van een bepaald vonnis door het appel (hetzij principaal appel alleen, hetzij principaal en incidenteel appel beide) aan het oordeel van den hoogerren rechter wordt onderworpen, zou niet volledig zijn zonder een onderzoek van deze andere vraag, of een ingesteld appel wel geldig is wat den omvang der zaak aangaat, wat betreft het subject of het object van den rechtsstrijd. Zijn alle personen, die in eerste instantie aan den strijd deelnamen, in het appel betrokken, en zoo niet, kan de strijd in hooger beroep dan wel met vrucht worden voortgezet? Was de appellant wel partij bij de beslissing, waarvan hij heeft geappelleerd? Is, nu principaal appel is ingesteld van slechts één van meerdere, in eerste instantie tegelijkertijd aanhangige, vorderingen, een incidenteel appel tegen een der andere vorderingen wel mogelijk? Is, nu het principaal appel alleen het eindvonnis betreft, een incidenteel appel tegen een voorafgaand tusschenvonnis wel geldig? Deze en dergelijke vragen zullen wij in de volgende §§ mede in ons onderzoek betrekken.

## § 2. CONVENTIE EN RECONVENTIE.

Aan den gedaagde is het recht gegeven tegen den eischer een reconventioneele vordering in te stellen (art. 250 Rv.). Veelal zal de vordering in reconventie samenhangen met de vordering, welke in conventie was ingesteld, doch het is niet noodig dat er tusschen beide eenig verband bestaat.<sup>1)</sup> Het zijn twee zelfstandige vorderingen, welke zijn ingesteld, al wordt hierover in de meeste gevallen bij één enkel vonnis uitspraak gedaan. Krachtens den regel *tantum devolutum quantum appellatum* heeft dit tengevolge dat, wanneer alleen wordt geappelleerd van de uitspraak, in de conventie gewezen, de reconventioneele vordering niet aan het oordeel van den appelrechter is onderworpen, of omgekeerd. Hierbij is het natuurlijk onverschillig of van de conventie alleen principaal is geappelleerd, of tevens incidenteel.

Daarnaast staat de vraag of, indien principaal is geappelleerd alleen van de conventie, de geintimeerde incidenteel van de reconventie kan appelleren. Hierbij geve men er zich rekenschap van, dat de omvang van het appel op verschillende punten betrekking kan hebben.

Wanneer het appel op slechts een enkel geschil betrekking heeft doet zich de vraag voor, in hoeverre de appelrechter kennis mag nemen van de diverse beslissingen, welke de eerste rechter *in dat eene geschil* genomen heeft. Hierover handelen de §§ 13 en 14. In het algemeen zal dan het incidenteel appel den omvang van het appel verder doen strekken dan alleen het principale appel deed.

Deze en de acht volgende §§ hebben echter betrekking op gevallen, waarin in eerste instantie meerdere rechtsgeschillen, meerdere vorderingen, in één procedure zijn vereenigd en behandeld, en hierin wordt uitsluitend onderzocht of het appel zich tot al deze vorderingen uitstrekt, dan wel beperkt wordt tot één of meer dezer vorderingen. Of elk dezer vorderingen op zich zelf in het appel nog verder kan worden afgebakend wordt hier vooralsnog buiten beschouwing gelaten.

Het antwoord op de vraag, of incidenteel beroep van de reconventie mogelijk is indien principaal alleen van de conventie is geappelleerd, moet worden gezocht in het instituut van het incidenteel appel zelve. Dit is ingesteld om den geintimeerde in de gelegenheid te stellen zijnerzijds grieven tegen de door den appellant aangevallen uitspraak aan te voeren. Het ligt dan ook voor de hand aan te nemen, dat het incidenteel appel zich alleen kan richten tegen de uitspraak over de vordering, van welke principaal werd geappelleerd, doch niet van de uitspraak over andere vorderingen, al werden deze tegelijkertijd bij éénzelfde „vonnis” berecht. Weliswaar pleegt men te spreken van *het* vonnis, waarbij de

<sup>1)</sup> Vgl. VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 250, aant. 1; STAR BUSMANN no. 310.

In het Fransche recht worden aan de vordering in reconventie bepaalde eischen gesteld. Zie Hoofdstuk II, § 2.

conventioneele en de reconventioneele vorderingen werden beslecht, maar in werkelijkheid heeft men hier te doen met één akte, waarin *meerdere* vonnissen zijn neergelegd. Het gevolg hiervan is, dat indien principaal alleen geappelleerd is van de conventie, niet incidenteel geappelleerd kan worden van de reconventie, of omgekeerd.<sup>1)</sup>

In zijn in de laatste noot genoemde onderschriften betoogt SCHOLTEN dat, wanneer de beslissing in de conventie afhankelijk is van die in de reconventie, het appel van de reconventie noodzakelijkerwijze dat van de conventie medebrengt, of omgekeerd. Inderdaad zal het dikwijls gebeuren dat de beide vorderingen niet alleen met elkaar in verband staan, maar dat de uitspraken zelfs van elkaar afhankelijk zijn. Men neme slechts tot voorbeeld het veel voorkomende geval, dat in conventie nakoming eener overeenkomst wordt gevorderd, en in reconventie ontbinding dezer zelfde overeenkomst. Wijst de rechter de vordering in reconventie toe, dan wordt in conventie meestal eenvoudig overwogen dat de vordering tot nakoming der overeenkomst niet kan worden toegewezen „omdat in reconventie deze overeenkomst zal worden ontbonden”. De uitspraak in de conventie is derhalve direct afhankelijk gemaakt van die in de reconventie.

Het valt niet te miskennen dat het in hooger beroep loslaten van den band, welke in eerste instantie tusschen de beide zaken is gelegd, uitspraken tengevolge kan hebben, welke het rechtsgevoel allermint bevredigen.<sup>2)</sup> Hieraan consequenties te verbinden ten aanzien van den omvang van het appel lijkt ons echter niet juist. Wij staan allermint een overdrijving van het beginsel *la forme emporte le fond* voor, en juichen het toe dat de tijd voorbij is, waarin het bijna regel was dat de afwijzing eener vordering geschiedde op formeele gronden, en talloze rechtzoekenden zich op zuiver processueele gronden een onbetwistbaar recht zagen ontnemen.

Het is echter noodzakelijk dat de burgerlijke procedure aan velerlei regels en vormen is gebonden.<sup>3)</sup> Dat in enkele gevallen, tengevolge van

<sup>1)</sup> Aldus o.a. H.R. 23 Februari 1900, W. 7403; 20 Januari 1928, N.J. 1928 blz. 554 m.o. P.S. en 6 Maart 1930, N.J. 1930 blz. 771 m.o. P.S. Vgl. ook H.R. 30 Juni 1932, W. 12500 m.o. S.B.; N.J. 1932 blz. 1410 m.o. E.M.M.; 6 Nov. 1925, W. 11448, N.J. 1925 blz. 1293.

Aldus ook MEIJERS en STAR BUSMANN in de genoemde onderschriften, en van ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 339, aant. 4. Anders, althans voor het geval er samenhang tusschen de beide vorderingen bestaat, SCHOLTEN in zijn genoemde onderschriften, alsmede onder H.R. 11 November 1937, W. en N.J. 1938 No. 2, en FRUIN blz. 283. Ook STAR BUSMANN betoogt in zijn aangehaalde annotatie dat het anders behoort te zijn indien de vordering in conventie afhankelijk is van de andere, of omgekeerd.

<sup>2)</sup> Vgl. over den samenhang, welke er dikwijls tusschen de conventie en de reconventie bestaat, de noot van SCHOLTEN onder H.R. 11 November 1937 W. en N.J. 1938 no. 2, STAR BUSMANN in zijn in de vorige noot genoemde annotatie, en, speciaal t.a.v. echtscheiding en scheiding van tafel en bed, het opstel van schrijver dezes in N.J.B. 1941 blz. 701 v.v.

<sup>3)</sup> Vgl. FAURE I blz. 5 v.v.

deze regels, een recht niet geldend kan worden gemaakt is te betreuren. Zulks mag geen reden zijn om telkens, wanneer een regel tot een onrechtvaardig resultaat zou leiden, dezen regel eenvoudig opzij te zetten. Dit geldt evenzeer voor die regels, welke niet uitdrukkelijk in de wet zijn neergelegd, en waarvan de opsporing op een bepaald gebied het doel is van dit geschrift. Een andere opvatting zou tot volkomen willekeur kunnen leiden.

De wetgever heeft niet voorzien tot welke moeilijkheden verschillende rechtsinstituten, welke hij voor de procedure in eerste instantie in het leven heeft geroepen, in de appelprocedure teweeg kunnen brengen. Deze moeilijkheden doen zich voor indien een reconventioneele vordering is ingesteld, en voor enkele andere rechtsfiguren zullen deze in de volgende §§ herhaaldelijk terugkomen, zij het in andere gedaante.

Ook al staan de conventioneele en reconventioneele vordering met elkaar in verband, het zijn en blijven twee zelfstandige vorderingen, welke zijn ingesteld. Op grond hiervan lijkt ons de eenige aanvaardbare conclusie deze, dat, wanneer slechts van één dezer vorderingen is geappelleerd, de andere aan het oordeel van den appelrechter is onttrokken. Men moge het betreuren dat deze regel in bepaalde gevallen tot onbevredigende consequenties leidt: gaat men echter buiten de wet om op dergelijke regels uitzonderingen maken, dan komt het procesrecht op losse schroeven te staan.

Men bedenke overigens dat de appellant het niet steeds, maar toch in veruit de meeste gevallen, in de hand heeft het appel tot beide vorderingen uit te strekken, en dat de nadeelige gevolgen, ontstaan door zijn nalatigheid op dit punt, niet altijd, maar toch wel meestal, op hem zelf terugvallen.

### § 3. HOOFDZAAK EN INCIDENTEELE VORDERING.

Het ligt buiten den aard van dit geschrift een onderzoek in te stellen naar de vraag, wat onder een incidenteele vordering en een incidenteel vonnis moet worden verstaan. Verwezen wordt dienaangaande naar de handboeken en de jurisprudentie. FAURE noemt de incidenteele vonnissen alle vonnissen, welke door den rechter uitgesproken worden op geschillen, die zich in den loop van een geding voordoen, en dien loop gewoonlijk ophouden.<sup>1)</sup> STAR BUSMANN begrijpt onder incidenteele vorderingen de zoodanige, welke, naar aanleiding van een andere vordering ingesteld, een aanspraak vervolgen op een prestatie van de wederpartij, bestaande in een geven, doen of dulden harerzijds.<sup>2)</sup>

Opgemerkt moge worden dat sommige beslissingen, welke tot voor kort door den Hoogen Raad voor praeparatoir werden gehouden, zooals de uitspraak op een verzoek tot oproeping in vrijwaring, thans wel als

<sup>1)</sup> FAURE II blz. 451.

<sup>2)</sup> STAR BUSMANN no. 309.

incidenteel moeten worden beschouwd. Naar aanleiding van het arrest van 15 Mei 1941 betoogt SCHOLTEN in zijn onderschrift, dat de oude leer van den Hoogen Raad, als zouden dergelijke beslissingen praeparatoir zijn, na dit arrest niet langer houdbaar is. <sup>1)</sup> VAN ROSSEM-CLEVERINGA en STAR BUSMANN hadden zich reeds eerder op dit standpunt gesteld. <sup>2)</sup>

Ten aanzien van z.g. rolincidenten wordt gewoonlijk aangenomen dat zij niet voor hoogere voorziening vatbaar zijn. Zou men echter een tegengesteld standpunt huldigen, dan zal ook daarop het onderstaande toepasselijk zijn.

Anders dan bij conventie en reconventie bestaat er tusschen de hoofdzaak en de incidenteele vordering steeds een zekere band. Een rechter wordt gewraakt omdat een der partijen meent dat hij aan de berechting der ingestelde vordering geen deel behoort te hebben; de ontkenning van de echtheid geldt een stuk, waarop in de aanhangige zaak een beroep is gedaan; bij de vrijwaring meent een der partijen, dat zij haar gestelde aansprakelijkheid op een ander kan afwentelen.

Toch is het incident niet een phase uit de hoofdprocedure, maar het vormt een afzonderlijk geheel, en wordt ook door de wet als zoodanig beschouwd. De wet bepaalt dat in het algemeen de incidenteele vorderingen afzonderlijk zullen worden berecht (artt. 249, 288, 68 Rv.). Er kan in het algemeen ook afzonderlijk van worden geappelleerd (art. 337 Rv.). Ook haar aard brengt mede dat, al staat zij in verband met de hoofdzaak, zij toch als een afzonderlijke en zelfstandige vordering moet worden beschouwd. Wel heel sterk komt dit tot uiting bij de wraking van een rechter, de cautio iudicatum solvi, en de valscheidsprocedure.

De conclusie ligt dan ook voor de hand dat, wanneer alleen is geappelleerd van de uitspraak op de hoofdzaak, de appelrechter niet behoeft, maar ook niet bevoegd is, de berechting van de incidenteele vordering mede in zijn onderzoek te betrekken en omgekeerd, hetgeen niet alleen zal gelden indien twee verschillende vonnissen zijn gewezen, maar ook indien incident en hoofdzaak bij één vonnis zijn beslist. Daaruit volgt o.i. tevens dat, wanneer alleen is geappelleerd van de hoofdzaak, de geïntimeerde niet incidenteel kan appelleren van de uitspraak op de incidenteele vordering <sup>3)</sup>, en omgekeerd. Incidenteel appel is toch alleen mogelijk van de zaak, waarvan principaal is geappelleerd.

#### § 4. HOOFDZAAK EN PROVISIONEELE VORDERING.

Onder een provisioneele vordering wordt de zoodanige verstaan, welke de strekking heeft om, naar aanleiding van het hoofgeschil, en hangende

<sup>1)</sup> H.R. 15 Mei 1941 W. en N.J. 1942 no. 35, m.o. P.S.

<sup>2)</sup> VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 68, aant., 10; STAR BUSMANN nos. 327 en 382.

<sup>3)</sup> Anders oordeelde Hof Amsterdam 1 November 1915, N. J. 1916 blz. 305.

het geding over de hoofdzaak, voorloopige maatregelen in het belang van een partij of van beide partijen te bevelen. <sup>1)</sup>

De provisioneele eisch is een zelfstandige vordering, die met de hoofdzaak niet anders gemeen heeft dan dit, dat zij naar aanleiding of ter gelegenheid van het geschil ten principale wordt ingesteld, om gedurende den loop daarvan te werken. <sup>2)</sup>

De provisioneele vordering kan worden ingesteld hetzij geheel afzonderlijk, hetzij bij de dagvaarding ten principale, hetzij hangende het proces over de hoofdzaak bij wijze van incidenteele vordering. <sup>3)</sup>

Is de provisioneele vordering afzonderlijk ingesteld en berecht, dan doet zich geen enkele moeilijkheid ten aanzien van het appel voor. De omvang van het appel wordt bepaald naarmate dit is ingesteld hetzij alleen van het vonnis op de hoofdvordering, hetzij van het vonnis op de provisioneele vordering, hetzij van beide vonnissen. Alleen zal moeten worden nagegaan of men er belang bij kan hebben alleen van het vonnis op de provisioneele vordering te appelleren.

Is de vordering afzonderlijk ingesteld, doch ingevolge art. 51 Rv. tegelijk met de hoofdzaak bij één vonnis berecht, dan is zij als het ware gevoegd bij de hoofdzaak. Hetgeen hierna onder § 7 ten aanzien van de voeging zal worden opgemerkt zal ook hier gelden.

Is de vordering tegelijk met de hoofdzaak bij één dagvaarding ahangig gemaakt, dan heeft er objectieve cumulatie van vorderingen plaats gehad. Wat betreft de gevolgen hiervan ten aanzien van het appel kan worden verwezen naar § 9 van dit hoofdstuk.

Wordt de vordering hangende het geding over de hoofdzaak ingesteld, dan geschiedt zulks bij wijze van incidenteele vordering. De omvang van het appel moet dan worden bepaald zooals in de vorige paragraaf ten aanzien van incidenteele vorderingen in het algemeen is opgemerkt. Appel van de hoofdzaak sluit niet in zich het appel van de uitspraak over de provisioneele vordering, en omgekeerd, onverschillig of op beide vorderingen bij één vonnis, dan wel bij verschillende vonnissen wordt beslist. Het zijn en blijven twee zelfstandige vorderingen, welke zijn ingesteld. Wordt alleen geappelleerd van de hoofdzaak, dan is incidenteel appel van de uitspraak op de provisioneele vordering niet mogelijk, en omgekeerd.

## § 5. MEERDERE EISCHERS; MEERDERE GEDAAGDEN.

### *a. Algemeene opmerkingen.*

De vraag naar den omvang van het appel, in het geval dat in eerste instantie meerdere personen als eischer zijn opgetreden, en/of meerdere gedaagden zijn opgeroepen, komt in de jurisprudentie gewoonlijk in

<sup>1)</sup> VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 51, aant. 1; STAR BUSMANN no. 161.

<sup>2)</sup> VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 51, aant. 1.

<sup>3)</sup> VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 51 aant. 2.

dezen vorm tot uiting: moeten niet alle personen, die in eerste instantie hebben geprocedeerd, ook in het appel worden betrokken, en, zoo dit niet is geschied, kan dan met vrucht de *exceptio plurium litisconsortium* worden opgeworpen? De nadruk wordt hier schijnbaar gelegd op het *subject*, op de procespartijen. Het uitgangspunt zal echter moeten worden gezocht in het *object* van den strijd, in het geschil of de geschillen, welke aan den rechter ter beoordeeling zijn voorgelegd. In de eerste plaats zal men zich moeten afvragen: was er in eerste instantie slechts één rechts-geschil aanhangig, waarbij meerdere eischers een hun gezamenlijk toekomstend recht pretentcerden, of van meerdere gedaagden een enkele prestatie werd gevorderd? Of waren er in wezen meerdere geschillen aanhangig, doordat meerdere eischers bij één dagvaarding verschillende, aan ieder hunner toekomstende, vorderingen instelden, dan wel werd ieder van meerdere gedaagden zelfstandig tot een prestatie verplicht geacht? Met andere woorden: heeft er al dan niet subjectieve cumulatie van rechtsvorderingen plaats gehad?

Heeft er geen subjectieve cumulatie van rechtsvorderingen plaats gehad, dan kan er in ieder geval in appel ook maar van één rechtsgeschil, één zaak sprake zijn. Heeft er wel cumulatie plaats gehad, dan zal allereerst de kwestie moeten worden opgelost of in appel splitsing van deze zaken geoorloofd is, en zoo ja, in concreto, in hoeverre de omvang van het appel zich uitstrekt. In beide gevallen zal secundair de vraag zijn, welke der procespartijen van eersten aanleg in het appel moeten worden betrokken.

Wanneer meerdere personen als eischer of gedaagde optreden zal er bijna steeds sprake zijn van cumulatie van rechtsvorderingen. Het tegenovergestelde komt betrekkelijk weinig voor, hetgeen ook in de hierna te bespreken jurisprudentie tot uiting zal komen.

Door STAR BUSMANN is aangetoond dat er in het algemeen geen verplichting tot subjectieve cumulatie bestaat, en dat de gedaagde derhalve niet als verweermiddel kan opwerpen dat de eischer niet allèen had moeten optreden, maar met een of meer anderen, of dat de vordering tegen méérdere gedaagden had moeten zijn ingesteld.<sup>1)</sup>

Indien echter een *exceptio plurium litisconsortium* in eerste instantie niet kan worden gegrond op een verplichting tot subjectieve cumulatie, dan volgt daaruit nog niet dat een dergelijke exceptie ook in hooger beroep niet zou opgaan wanneer bij de inleidende dagvaarding subjectief is gecumuleerd. De genoemde exceptie wordt, wat het hooger beroep betreft, veelal hierop gegrond, dat, wanneer nu eenmaal in eerste instantie subjectieve cumulatie heeft plaats gehad, de samenvoeging in het appel niet mag worden verbroken, en een der oorspronkelijke partijen uit de procedure in appel niet mag worden losgelaten. Ten onrechte naar onze meening.

---

<sup>1)</sup> STAR BUSMANN, De *exceptio plurium litisconsortium*, blz. 13 v.v.

Wanneer bij één dagvaarding meerdere vorderingen subjectief zijn gecumuleerd, doordat meerdere eischers optreden, of tegelijk tegen meerdere gedaagden verschillende vorderingen worden ingesteld, moet elk dezer vorderingen als een zelfstandige worden beschouwd. Hebben twee personen, die beiden door een onrechtmatige daad van een derde schade hebben geleden, hun vorderingen tot schadevergoeding bij één dagvaarding ingesteld; heeft een crediteur zijn hoofdelijk aansprakelijke debiteuren tegelijk gedagvaard, dan blijven de verschillende vorderingen hun zelfstandigheid bewaren. Ieder der benadeelde personen had zijn vordering ook bij afzonderlijke dagvaarding kunnen instellen; de crediteur had ieder zijner hoofdelijke debiteuren ook afzonderlijk kunnen vervolgen. Het feit, dat de vorderingen zijn gecumuleerd, doet aan haar zelfstandigheid niets af. Formeel zijn meerdere geschillen tot één geding vereenigd, doch materieel blijven het verschillende zaken. <sup>1)</sup>

Wanneer men onbevangen voor de vraag wordt gesteld, welke consequenties dit medebrengt voor den omvang van het appel, lijkt de oplossing zeer eenvoudig. De vorderingen zijn zelfstandig: appel kan dus worden ingesteld door of tegen één van meerdere eischers, door of tegen één van meerdere gedaagden, zonder dat de andere partijen in het appel worden betrokken. <sup>2)</sup> De appelrechter mag alleen kennis nemen van de uitspraken waarvan is geappelleerd; de andere zijn aan zijn oordeel onttrokken.

Neemt men kennis van de jurisprudentie op dit punt, en de daarover gegeven commentaren, dan wordt men een oogenblik in zijn meening geschokt. De kwestie lijkt niet meer eenvoudig, maar integendeel zeer ingewikkeld. Men kan zodoende toch tegenstrijdige uitspraken krijgen? Kunnen de belangen van den geintimeerde, ofwel van de niet in het appel betrokken partijen, niet worden geschaad? Maakt het verschil of één van de gedaagden, dan wel één van de eischers appelleert? Al deze vragen kan men in de rechtspraak of in de commentaren bevestigend beantwoord vinden, en daarop wordt een afwijkende conclusie gebaseerd.

Verschillende malen is de Hooge Raad geroepen in deze kwestie zijn oordeel te geven. Het zal noodig zijn deze verschillende arresten aan een onderzoek te ontwerpen om te zien welk standpunt ons hoogste rechtscollege inneemt.

### *b. De Jurisprudentie.*

De volgende arresten zijn ten deze van belang:

1906. Twee eischers vorderden bij één dagvaarding voor ieder betaling van 1/7 gedeelte van f 5000.—, als zijnde elk voor dat gedeelte getreden in de rechten van hun erflater, aan wien de gedaagde f 5000.— schuldig

<sup>1)</sup> Vgl. STAR BUSMANN, De exceptio p.l.c. blz. 155—156.

<sup>2)</sup> Aldus ook VAN BONEVAL FAURE V blz. 123; OUDEMAN II blz. 16; DE PINTO II blz. 482.



was. De Rechtbank wees een incidenteele vordering van een der eischers, om tot het bewijs der vervalsching van door gedaagde in het geding gebrachte stukken te worden toegelaten, af, waarna deze eischer van het incidenteel vonnis in beroep kwam. De Hooge Raad verklaarde met het Hof dit appel ontvankelijk, omdat feitelijk vaststond dat de eischers niet waren opgetreden als één partij, doch dat zij ieder voor zich 1/7 gedeelte in een vordering van f 5000.— hadden gevorderd. <sup>1)</sup>

1912. Een crediteur had in een faillissement de vordering van een anderen schuldeischer betwist. Toen het geding voor de Rechtbank aanhangig was overleed hij, waarna de procedure werd voortgezet door zijn vijf erfgenamen. De Rechtbank wees de vordering af. Vier van de vijf erfgenamen kwamen in hooger beroep, dat echter door het Hof niet ontvankelijk werd verklaard.

Het arrest van het Hof werd door den Hoogen Raad vernietigd. <sup>2)</sup> Deze achtte de beslissing van het Hof in strijd met art. 1335 B.W., omdat de vordering ingevolge dit artikel in diër voege op de erfgenamen is overgegaan, dat elk dezer voor zijn aandeel zelfstandig schuldeischer van den faillieten boedel is geworden, en nu ook de betwisting, die op grond der schuldvordering door den erflater is uitgeoefend, door elk zijner erfgenamen zelfstandig kan worden voortgezet of ingetrokken.

In ditzelfde arrest overwoog de Hooge Raad nog, dat de beantwoording der vraag naar de al of niet ontvankelijkheid van het appel in elke bepaalde zaak afhangt van de daarbij in debat zijnde materiele rechtsverhoudingen der betrokken partijen, in dien zin, dat indien, maar ook alleen indien deze verhoudingen van zoodanigen aard zijn, dat daaromtrent niet kan worden beslist wanneer niet allen, die in eerste instantie partij waren, ook in hooger beroep zijn opgetreden of opgeroepen, noodwendig niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep het gevolg moet zijn van de niet-verschijning of niet-oproeping van allen, die in eersten aanleg partij waren.

1921. De eischer, die aan drie personen een aantal goederen had verkocht, spreekt hen alle drie in rechten aan, en vordert van hen den koopprijs der goederen, „des dat de een betalende, de anderen zullen zijn bevrijd”. Zoowel door de Rechtbank als door het Hof wordt de vordering afgewezen. De verkoper gaat in cassatie, doch dagvaardt slechts twee van de drie koopers. De Hooge Raad <sup>3)</sup> verklaart het beroep in cassatie niet ontvankelijk op grond van de volgende overwegingen:

dat, waar de vordering, zooals die bij dagvaarding is ingesteld, strekt tot veroordeeling van de beide verweerders met nog een

---

<sup>1)</sup> H.R. 30 Maart 1906. W. 8357.

<sup>2)</sup> H.R. 15 Maart 1912 W. 9325.

<sup>3)</sup> H.R. 4 Februari 1921; W. 10704 m.o. S.B.; W.P.N.R. no. 2733, m.o. E.M.M.

derde persoon, tot betaling van een zekere geldsom, des, dat de een betalende, de anderen zullen zijn bevrijd, en waar diczelfde vordering ook in hooger beroep het onderwerp van den rechtstrijd vormde, het beroep in cassatie, dat tot de twee verweerders is beperkt, niet kan worden ontvangen;

dat immers het losmaken uit het geding van een der personen, tegen wie de vordering was gericht, met zich zou brengen een wijziging in de materiele rechtsverhoudingen, gelijk zij bij dagvaarding zijn ingesteld, hetgeen niet geoorloofd is, en dat derhalve in dit geding oproeping in cassatie van allen, die in cersten aanleg en in hooger beroep partij waren, noodzakelijk moet worden geacht.

1929. 18 eischers vorderen van één gedaagde ieder een bedrag dat hun bij een opzetcontract was toegezegd. Hun vordering wordt niet ontvanke-lijk verklaard, waarna slechts 16 eischers in appel gaan. Dit werd door den Hoogen Raad geoorloofd geacht, omdat geen enkele wetsbepaling hen verplichtte de twee eischers, die in het vonnis hadden berust, op te roepen om mede in hooger beroep te verschijnen.<sup>1)</sup>

1934. Een gehuwde vrouw K. ontving een nalatenschap, welke nalatenschap krachtens testament viel buiten de gemeenschap van goederen, waarin zij was gehuwd met v. P., en onder bewind was gesteld van een bewindvoerder. Een firma leende aan K. — daartoe schriftelijk gemachtigd door haar echtgenoot — f 27000.—. Tot dekking van deze schuld werd, met medewerking van den toenmaligen bewindvoerder, hypotheek verleend op de onroerende goederen der nalatenschap. Nadat de echtelieden v. P.-K. waren gescheiden verklaard van tafel en bed deed de vrouw K. afstand van de gemeenschap.

Toen de firma haar vordering opeischte stelde K. en de bewindvoerder (die inmiddels den vroegeren bewindvoerder had vervangen) zich op het standpunt dat de hypotheek nietig was, omdat de buiten de gemeenschap vallende en onder bewind gestelde goederen niet konden worden verbonden voor een schuld van de gemeenschap, ook niet met medewerking van den bewindvoerder, en K. niet meer aansprakelijk was voor de schuld, omdat zij afstand had gedaan van de gemeenschap.

De firma dagvaardde v. P., K., en den bewindvoerder, daarbij vorderende de veroordeeling van ieder der drie gedaagden voor het geheel tot betaling van f 27000.—, en de verklaring voor recht, dat de hypotheek geldig was. v. P. liet verstek gaan, ook na hernieuwde oproeping. De Rechtbank oordeelde dat de hypotheek rechtsgeldig was verleend; dat de vordering tot betaling van f 27000.— tegen den bewindvoerder moest worden afgewezen, en tegen van v. P. toegewezen. De verplichting van K. tot terugbetaling werd afhankelijk gesteld van den uitslag van een opgedragen getuigenbewijs.

<sup>1)</sup> H.R. 10 Mei 1929; W. 11989; N.J. 1929 blz. 1094.

K. en de bewindvoerder gaan in hooger beroep en dagvaarden alleen de firma. Het Hof verklaarde het appel niet-ontvankelijk, omdat v. P. niet in het appel was betrokken. <sup>1)</sup> De Hoge Raad <sup>2)</sup> casseerde het arrest van het Hof op grond van de overwegingen:

dat het niet instellen van hooger beroep ook tegen v. P. alleen dán de niet-ontvankelijkheid van het appel zou meebrengen, indien het ontbreken van laatstgenoemde als partij in het geding in hooger beroep het Hof zou kunnen beletten om de aan het oordeel van dit college onderworpen zaak te berechten;

dat dit het geval ware, indien het Hof bij toewijzing van de conclusies van appellanten niet slechts rechtsbetrekkingen tusschen hen en de geïntimeerde zou vaststellen, doch tevens eenige beschikking zou hebben te treffen ten aanzien van rechten of verplichtingen van v. P., waartoe het Hof in een geding, dat buiten hem om wordt gevoerd, niet bij machte ware;

dat echter in het onderhavige geval, ook bij volledig slagen van het appel, geen sprake is van aantasting van rechten van v. P., omdat het ingestelde appel aan het Hof voorlegt uitsluitend geschillen over rechten en verplichtingen van geïntimeerde en appellanten, zonder dat daarbij betrokken is eenig recht of eenige verplichting van v. P.;

dat het Hof wel vaststelt, en daardoor in cassatie vaststaat, dat v. P. belang heeft bij den uitslag van het geding in hooger beroep, doch zoodanig bloot belang, nu die uitslag zijn recht niet kan krenken, geen grond mocht opleveren om het niet mede tegen hem ingestelde hooger beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

1936. Een bouwmaatschappij vorderde hoofdelijke veroordeeling van de firmanten van een voormalige vennootschap onder firma, en van een N.V., waarin de baten en schulden der firma zouden zijn ondergebracht, tot betaling van een bedrag wegens geleverde bouwwerkzaamheden. De vordering wordt tegen alle gedaagden onzeggd. De maatschappij gaat in appel, doch dagvaardt thans alleen de firmanten. Zoowel het Hof als de Hoge Raad verwerpen het opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid van het appel, <sup>3)</sup> op grond van de overweging:

„dat de afwijzing door de Rechtbank van elke aanspraak op de N.V. eventueele rechten, welke de firmanten van de voormalige vennootschap onder firma op de N.V. mocht hebben, niet aantast, zoodat niet terwille van zoodanige aanspraken het hooger beroep ook tegen haar behoorde te zijn ingesteld, terwijl evenmin de voortzetting van den rechtsstrijd in hooger beroep buiten de N.V. om

<sup>1)</sup> Hof 's-Hertogenbosch 14 Maart 1933, W. 12702; N.J. 1933 blz. 1345.

<sup>2)</sup> H.R. 8 Maart 1934; W. 12755 m.o. S.B.; N.J. 1934 blz. 1029 m.o. E.M.M.

<sup>3)</sup> H.R. 15 Mei 1936; W. en N.J. 1936 no. 955 m.o. E.M.M.

haar recht kan krenken, zoodat ook uit dien hoofde haar aanwezigheid in hooger beroep niet vereischt is”.

1938. De erfgenamen van DEMMENDAAL, die een hypothecaire vordering ten laste van VAN DEVENTER aan BAART had gecedeerd, dagvaardden tegelijkertijd VAN DEVENTER en BAART, en vorderden o.a. een verklaring voor recht, dat de cessie een schijnhandeling was, en dat zij, de erfgenamen, nog gerechtigd waren tot de vordering, met veroordeeling van VAN DEVENTER tot betaling der vervallen rente. Wanneer de vorderingen worden toegewezen gaat BAART in appel, en dagvaardt alleen de erfgenamen DEMMENDAAL. Het Hof verklaart het appel niet-ontvankelijk omdat VAN DEVENTER niet mede in appel is gedagvaard, doch dit arrest wordt in cassatie vernietigd.<sup>1)</sup> De overwegingen, welke tot deze beslissing leidden, worden hier in extenso weergegeven;

dat, al steunt zoowel de aanspraak van partijen DEMMENDAAL tegen VAN DEVENTER als haar aanspraak tegen BAART op de stelling, dat de hypothecaire vordering ten laste van VAN DEVENTER slechts in schijn is overgedragen aan BAART, haar vorderingen niet tot voorwerp hebben een rechtsverhouding, waarover de rechter niet anders kan beslissen dan in één geding, gevoerd tegen van DEVENTER en BAART te zamen, omdat het rechtens noodzakelijk zou zijn, dat de beslissing tegen beiden luidt in éézelfden zin;

dat de omstandigheid, dat partijen DEMMENDAAL haar vordering tegen VAN DEVENTER en BAART aanhangig maakten bij één dagvaarding, de materiele zelfstandigheid dier vorderingen dan ook onverlet liet, en dit niet anders kan worden doordat, zooals het Hof vaststelt, de bedoeling van DEMMENDAAL was om tusschen alle procespartijen te doen uitmaken, aan wie VAN DEVENTER als hypothecair schuldenaar had te betalen;

dat toch dit doel langs den daartoe door partijen DEMMENDAAL gekozen weg rechtens niet te bereiken is;

dat immers uit de zelfstandigheid der vorderingen volgt, eenerzijds, dat de door de Rechtbank tegen VAN DEVENTER uitgesproken veroordeeling om aan DEMMENDAAL de rente te betalen rechtens BAART niet raakt en dus niet in den weg kan staan aan eenige aanspraak van haar tegen VAN DEVENTER, zoodat ook van berusten door haar in deze veroordeeling geen sprake kan zijn, en anderzijds, dat de tusschen DEMMENDAAL en BAART gevallen beslissing evenmin VAN DEVENTER rechtens aangaat;

dat dit tevens medebrengt, dat BAART in haar hooger beroep van deze beslissing VAN DEVENTER niet alleen niet behoefde, maar zelfs niet kon betrekken;

dat toch ook de beslissing op dit beroep slechts bindend kan zijn

---

<sup>1)</sup> H.R. 9 December 1938, W. en N.J. 1939 no. 714 m.o. P.S.

tusschen haar en partijen DEMMENDAAL en geen wijziging vermag te brengen in de door de Rechtbank ten behoeve van deze partijen uitgesproken veroordeeling van VAN DEVENTER, noch in eenig ander opzicht op diens rechten of verplichtingen kan inwerken;

dat het zelfstandig karakter der beide vorderingen steeds de mogelijkheid medebrengt, dat de vraag, of de hypothecaire vordering ten laste van VAN DEVENTER in werkelijkheid is overgegaan op BAART, tusschen haar en DEMMENDAAL anders wordt beantwoord dan tusschen DEMMENDAAL en VAN DEVENTER, al zal proces-sueele samenvoeging de kans daarop kunnen verminderen;

dat zoodanige mogelijkheid echter inhaerent is aan de beginselen van ons burgerlijk procesrecht: lijdelijkheid van den rechter en daaruit voortvloeiende invloed van de houding van partijen op den inhoud van het vonnis;

dat in overeenstemming daarmee het vonnis dan ook in den regel slechts vaststelt, wat als formeele waarheid zal gelden tusschen hen, die in het geding als partijen tegenover elkander hebben gestaan, en hun rechtverkrijgenden.

### c. Critiek.

In zijn annotaties spreekt MEIJERS, naar aanleiding van de zes eerstgenoemde arresten, van de *vaste jurisprudentie* van den Hoogen Raad, dat een appellant alleen dán verplicht is alle personen, die in de vorige instantie zijn tegenpartij waren, te dagvaarden, wanneer het losmaken van een der personen uit het geding een wijziging in de materiele rechtsverhouding met zich zou brengen.<sup>1)</sup> Het moge al juist zijn dat in 1936 de rechtspraak van den Hoogen Raad *op dit punt* vast genoemd kon worden, doch wanneer zes arresten van ons hoogste rechtscollege, alle hetzelfde onderwerp betreffende, uitgaan van een bepaald systeem, hoe is het dan mogelijk, zoo kan men zich afvragen, dat verschillende malen de vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie tot een afwijkende conclusie kwam, hoewel hij de voorafgaande arresten niet wilde bestrijden, doch zich integendeel, tot staving van zijn conclusie, beriep op die vroegere arresten?<sup>2)</sup> Hoe is het dan mogelijk dat de talrijke arresten van Hoven, op dit punt gewezen, onderling volkomen tegenstrijdig zijn, zoodat men van niet minder dan een chaos kan spreken?<sup>3)</sup> Uit deze feiten is men

<sup>1)</sup> N.J. 1934 blz. 1031 en 1936 blz. 1526.

<sup>2)</sup> Conclusie van den Proc. Gen. TAK vóór arrest H.R. 8 Maart 1934 en van Proc. Gen. BERGER vóór arrest H.R. 9 December 1938.

<sup>3)</sup> Zie hierover o.a. STAR BUSMANN, annotatie H.R. 8 Maart 1934, W. 12755. Behalve de door STAR BUSMANN aangehaalde arresten zie men verder o.a.: Hof 's-Gravenhage 3 December 1917, W. 10241; id. 17 December 1917, W. 10249; Hof 's-Hertogenbosch 3 Mei 1927, W. 11729; N.J. 1927 blz. 1570; Hof Leeuwarden 27 Maart 1929, W. 11970; Hof 's-Gravenhage 28 April 1930, W. 12206; N.J. 1930 blz. 1459; Hof 's-Hertogenbosch 14 Maart 1933, W. 12702; Hof Arnhem 24 Januari 1934, N.J. 1934 blz. 703; Hof 's-Gravenhage

geneigd de conclusie te trekken, ofwel dat de arresten van den Hoogen Raad niet een gesloten geheel vormen, ofwel dat dit systeem niet zeer helder en duidelijk is.

Een nader onderzoek van de arresten doet ons vermoeden dat deze conclusie inderdaad gewettigd is.

Eén regel hebben deze zeven arresten gemeen, en wel deze, dat, wanneer er subjectieve cumulatie heeft plaats gehad, het *in het algemeen* niet noodig is dat in een hogere instantie alle partijen van eersten aanleg verschijnen of worden opgeroepen.

In de arresten van 1906 en van 1929 deed zich geen enkele bijzondere moeilijkheid voor. De Hooge Raad ging er blijkbaar van uit dat er meerdere gecumuleerde, doch volkomen zelfstandige, vorderingen waren ingesteld, welke hun zelfstandigheid ook ten aanzien van het hooger beroep behielden.

Ook het arrest van 1912 gaat hiervan uit, en in casu werd de aanwezigheid in appel van alle partijen van eersten aanleg niet noodig geoordeeld.

Het door een der partijen in cassatie ingenomen standpunt, dat de artikelen 54 en 69 R.O. hooger beroep onbeperkt toelaten zonder daaraan de bepaling te verbinden dat alle partijen, welke in eerste instantie procederen, ook in appel moeten vertegenwoordigd zijn of opgeroepen, verwierp de Hooge Raad in zijn algemeenheid, als vindende geen steun in die artikelen. Als eenig geval, waarin de aanwezigheid van alle partijen ook in hooger beroep noodig is, noemde de Hooge Raad het geval, „dat de materiele rechtsverhoudingen der partijen van zoodanigen aard zijn, dat daaromtrent niet kan worden beslist wanneer niet allen, die in eerste instantie partij waren, ook in hooger beroep zijn opgetreden of opgeroepen”.

De bedoeling hiervan is niet zeer duidelijk. Het is mogelijk dat hiermede slechts is bedoeld het geval, dat het recht in geschil alleen aan de eischers gezamenlijk toekomt, of slechts tegen meerdere verweerders gezamenlijk kan worden geldend gemaakt.<sup>1)</sup> Gezien het gebruik der woorden: „de aard der *materiele* rechtsverhoudingen” welke formule later herhaaldelijk voorkomt, is het echter ook mogelijk dat dit arrest de voorlooper is van die van 1921, 1934 en 1936.

Zoowel het arrest van 1921 als dat van 1934 behandelen het geval, dat in een hogere instantie<sup>2)</sup> slechts twee van de drie hoofdelijk aangesproken gedaagden waren opgeroepen of opgetreden. In 1921 werd zulks niet, in 1934 wél geoorloofd geacht.

27 Mei 1937 W. en N.J. 1937 No. 1025; Hof 's-Hertogenbosch 21 December 1937, W. en N.J. 1938 No. 398; Hof Arnhem 15 Februari 1938, W. en N.J. 1938 No. 608; Hof 's-Gravenhage, 2 Januari 1939, W. en N.J. 1939 No. 425; id. 12 Juni 1941, W. en N.J. 1941 No. 737.

<sup>1)</sup> Aldus STAR BUSMANN in zijn annotatie onder H.R. 4 Februari 1921, W. 10704.

<sup>2)</sup> In 1921 in cassatie, in 1934 in hooger beroep. Voor de betreffende kwestie is dit onderscheid van geen belang.

MEIJERS acht deze arresten niet met elkaar in strijd <sup>1)</sup>. In het eerste geval was de vordering tegen de drie hoofdelijke debiteuren afgewezen, en kwam de eischer slechts tegen twee van de drie in cassatie. In het tweede geval was de vordering tegen de drie hoofdelijke schuldenaren toegewezen, en kwamen slechts twee van de drie veroordeelden in hooger beroep. In het eerste geval zou, zoo oordeelt MEIJERS, bij vernietiging van het vonnis a quo t.a.v. twee der drie hoofdelijke debiteuren, hun rechtspositie gewijzigd worden: „terwijl de eisch tegen den hoofdelijken schuldenaar, tegen wien niet geappelleerd wordt, ontzegd is, zou die tegen de twee andere hoofdelijke schuldenaren, als het beroep ontvanke-lijk ware, kunnen toegewezen worden. Daardoor wordt de materieel-rechtelijke positie van de twee, tegen wie geappelleerd is, buiten hun toedoen te hunnen nadeele gewijzigd. Immers, wanneer zij de schuld van het veroordeelend arrest voldoen, worden zij niet gesubrogeerd in de vordering tegen dengene, die zich mede heeft verbonden, want deze kan zich alsdan op zijn vrijsprekend vonnis beroepen”. <sup>2)</sup>

„In het geval, berecht in 1934, heeft de derde schuldenaar berust in het veroordeelend vonnis. Hier wordt dus niemand in zijn rechten benadeeld, indien deze derde persoon buiten het geding in hooger beroep blijft”. <sup>3)</sup>

Deze opvatting van MEIJERS wordt door STAR BUSMANN bestreden. <sup>4)</sup> Naar diens meening zou de derde debiteur, die niet in het appel is betrokken, zich jegens de twee andere debiteuren niet op zijn vrijsprekend vonnis kunnen beroepen, omdat deze twee daarbij geen partij zijn geweest. <sup>5)</sup>

Het lijkt ons niet noodig thans partij te kiezen tusschen deze beide standpunten betreffende de burgerrechtelijke vraag, of, bij een eventuele veroordeeling van de twee in het appel betrokken hoofdelijke debiteuren, deze al dan niet regres zouden kunnen uitoefenen op den derden hoofdelijken debiteur, in wiens vrijsprekend vonnis was berust. <sup>6)</sup> De

<sup>1)</sup> N.J. 1934 blz. 1031.

<sup>2)</sup> W.P.N.R. 2733; Aldus ook DE NERÉE TOT BABBERICH „De Rechtsband tusschen hoofdelijke schuldenaren”, (ac. pr. Leiden 1923) blz. 97.

<sup>3)</sup> Onderschrift H.R. 8 Maart 1934, N.J. 1934 blz. 1029.

<sup>4)</sup> Onderschrift H.R. 8 Maart 1934 W. 12755.

<sup>5)</sup> Vgl. over de vraag, of het tusschen een der hoofdelijke schuldenaren en den schuldeischer, respectievelijk tusschen een der hoofdelijke schuldeischers en den schuldenaar, gewezen vonnis gezag van gewijsde heeft ook ten aanzien der overige schuldeischers of schuldenaren ASSER-LOSECAAT VERMEER, blz. 107, en daar aangehaalde schrijvers.

<sup>6)</sup> Slechts deze opmerking willen wij omtrent het standpunt van MEIJERS maken: in het in 1934 berechte geval kon van benadeeling van v. P. geen sprake zijn alleen door de zeer toevallige omstandigheid, dat de andere hoofdelijke debiteur K. zijn gescheiden echtgenoot was, die van de gemeenschap afstand had gedaan, zoodat hij op haar nimmer regres kon uitoefenen (art. 187 B.W.). MEIJERS stelt het geval echter in het algemeen voor hoofdelijke debiteuren, en dan is het een groote vraag of de debiteur, die heeft berust, niet benadeeld wordt. DE NERÉE TOT BABBERICH blz. 91 en 98 gaat er van uit dat de hoofdelijke debiteuren, die niet geappelleerd hebben, geen regres meer kunnen uit-

vraag die ons hier bezig houdt is immers niet *of*, door het niet in appel betrekken van niet alle partijen van eersten aanleg, misschien rechten van een dezer zouden kunnen worden aangetast, maar, indien inderdaad deze rechten kunnen worden aangetast, het beroep om deze reden niet-ontvankelijk moet worden verklaard, hetgeen het standpunt is van den Hoogen Raad in de beide arresten van 1921 en 1934.

In het arrest van 1936 handhaaft de Hooge Raad dit standpunt weliswaar, maar toch kan men volstrekt niet zeggen dat deze drie arresten een gesloten geheel vormen. Het laatste lijkt ons in ieder geval in strijd met de uitspraak van 1921. Evenals in 1921 was de vordering, ingesteld tegen meerdere hoofdelijk aansprakelijk geachte gedaagden, afgewezen. Evenals in 1921 betrof de eischer een van de gedaagden niet in het beroep. Niettemin werd het beroep hier, anders dan in 1921, wél ontvankelijk geacht, omdat hier noch de rechten van de in het beroep betrokken firmanten, noch die van de niet in het beroep betrokken N.V. konden worden aangetast.

MEYERS acht ook dit arrest niet met dat van 1921 in strijd, en verdedigt het op de volgende gronden: in 1921 was de eisch ontzegd op grond van eenzelfde, door alle gedaagden gevoerd verweer, de verbintenis zelf betreffende. In 1936 werd de vordering tegen de verschillende gedaagden ontzegd op verschillende, ieder der gedaagden persoonlijk betreffende, verweren. <sup>1)</sup> Zou in 1921 de uitspraak ten aanzien van de in het beroep betrokkenen zijn vernietigd, dan zou de uitspraak ook *zeker* t.a.v. den anderen gedaagde zijn vernietigd, indien hij wél in het beroep betrokken was. In 1936 zou echter, indien de uitspraak t.a.v. den één werd vernietigd, dit niet vanzelf tengevolge hebben dat ook de uitspraak t.a.v. den ander had moeten zijn vernietigd, omdat de uitspraken op verschillende gronden waren gegeven. MEYERS erkent echter de mogelijkheid dat beide uitspraken hadden moeten worden vernietigd, erkent ook dat, indien dit het geval had moeten zijn, de gedaagden in hooger beroep, door het niet mede dagvaarden van de N.V., een recht verloren in zoverre, dat zij niet meer krachtens art. 1438, 3de B.W. tegen deze konden worden gesubrogeerd. Er *konden* dus rechten worden aangetast. Welnu, dan had de Hooge Raad ook, blijkens zijn uitdrukkelijke bewoordingen, evenals in 1921 het appel niet-ontvankelijk moeten verklaren.

Overigens mag worden betwijfeld of de Hooge Raad het door MEYERS aangegeven criterium (afwijzing der vordering op verschillende, ieder der gedaagden persoonlijk betreffende, verweren) bij zijn beslissing voor oogen heeft gehad, nu daarvan uit de rechtsoverwegingen niets blijkt.

oefenen op den in appel vrijgesproken debiteur, en dus zeer zeker benadeeld worden. Dat zij aldus benadeeld worden acht hij ook billijk, omdat zij dit aan hun eigen nalatigheid te wijten hebben.

Anders H.R. 10 April 1874, W. 3714, jo. H.R. 26 Januari 1872 W. 3433. Vgl. hierover DE NERÉE blz. 73 v.v. Zie ook DE NERÉE, blz. 78 v.v.

<sup>1)</sup> Dit onderscheid treft men ook aan in de Fransche literatuur en jurisprudentie. Zie Hoofdstuk II § 3.



Naar onze meening wordt de opvatting, neergelegd in de arresten van 1921, 1934 en 1936, volkomen verlaten in het arrest van 1938. De Rechtbank had beslist dat de cessie een schijnhandeling was, en dat VAN DEVENTER dus schuldig was aan de erven DEMMENDAAL. Bij *onherroepelijk* vonnis staat dus vast dat VAN DEVENTER aan de erven DEMMENDAAL moet betalen. Wint BAART zijn procedure in appel, dan volgt daaruit dat BAART VAN DEVENTER kan aanspreken, en dat VAN DEVENTER nogmaals wordt veroordeeld aan BAART te betalen. De mogelijkheid, dat VAN DEVENTER is benadeeld doordat hij niet in het appel is betrokken, is dus volstrekt niet denkbeeldig. Men kan VAN DEVENTER ook niet verwijten dat hij zelf niet heeft geappelleerd, want daartoe had hij niet het minste belang. Hij moest betalen, dat betwistte hij niet, maar aan wien, aan de erven DEMMENDAAL of aan BAART, dat was een kwestie van de al of niet rechtsgeldigheid van de cessie, welke geheel buiten hem omging.

Volgens de in de voorgaande arresten neergelegde opvatting had dus VAN DEVENTER zeer zeker in het appel moeten worden betrokken. Dat deze opvatting wordt verlaten lijkt ons zeer juist. Terecht beslist de Hoge Raad thans dat de cumulatie van vorderingen de materieele zelfstandigheid daarvan onverlet laat. Terecht wordt daaruit de consequentie getrokken dat BAART in hooger beroep VAN DEVENTER niet alleen niet behoefde, maar zelfs niet kon betrekken, omdat VAN DEVENTER in het geschil DEMMENDAAL-BAART geen partij was.

#### *d. Samenvatting.*

Bij de bespreking van deze arresten hebben wij er ons vooralsnog van onthouden een onderscheid te maken tusschen de soorten van verbin-tenissen, welke deze procedures tot voorwerp hadden, omdat blijkbaar de Hoge Raad bij zijn beslissingen niet dáárop het oog heeft gehad. Het criterium voor zijn beslissingen heeft ons hoogste rechtscollege hierin gezocht, of door het niet in appel betrekken van een of meer der oorspronkelijke procespartijen rechten van een dezer zouden kunnen worden aangetast. Dit zal zich wel het meest voordoen ingeval van hoofdelijkheid, doch het is ook mogelijk indien er van hoofdelijkheid geen sprake is, zooals o.a. blijkt uit het arrest van 1938. De arresten van 1921, 1934 en 1936 betroffen inderdaad hoofdelijke vorderingen, doch zulks komt in de rechtsoverwegingen niet tot uiting. Al kon hier de aantasting van rechten het gevolg zijn van hoofdelijkheid, het criterium wordt niet gezocht in de hoofdelijkheid als zoodanig.

Wij meenen t.a.v. de vraag, wat de omvang van het appel is of moet zijn indien in eerste instantie meerdere eischers of gedaagden zijn opgetreden, onderscheid te moeten maken tusschen drie gevallen: of er subjectieve cumulatie heeft plaats gehad, zonder dat een hoofdelijke vordering is ingesteld; of er subjectieve cumulatie heeft plaats gehad terwijl meerdere eischers als hoofdelijke crediteuren optreden, of meerdere hoofde-

lijke debiteuren zijn gedagvaard; en of er meerdere eischers of gedaagden optreden zonder dat subjectieve cumulatie heeft plaats gehad.

In het eerste geval bestaat er tusschen de verschillende vorderingen weliswaar een zekere verknochtheid, <sup>1)</sup> doch zij zijn volkomen zelfstandig. Meerdere aandeelhouders vorderen bijvoorbeeld bij één dagvaarding van een N.V. uitkeering van een vastgesteld dividend; meerdere erfgenamen vorderen het aan ieder toekomend aandeel van een schuldvordering; een crediteur vordert van meerdere erfgenamen van zijn debiteur, van ieder voorzooveel zijn aandeel bedraagt, de betaling van een schuldvordering. Het is echter niet noodig dat de vorderingen soortgelijk zijn, zooals in deze voorbeelden: men zie b.v. het geval, berecht bij het meer-aangehaalde arrest van 1938.

Deze vorderingen hadden ook bij afzonderlijke dagvaardingën kunnen worden ingesteld, doch op grond van practische overwegingen (besparing van tijd en kosten) zijn zij processueel vereenigd. Worden de vorderingen der verschillende eischers afgewezen, of de vorderingen tegen meerdere gedaagden toegewezen, dan moet ieder der teleurgestelde eischers, respectievelijk gedaagden, voor zich zelf beslissen of hij in appel zal gaan. Het is volstrekt niet noodig dat de verschillende crediteuren, respectievelijk gedaagden, één lijn trekken, en gezamenlijk in appel gaan of gezamenlijk berusten. Elk der vorderingen is zelfstandig, en zij heeft deze zelfstandigheid door de processuele samenvoeging niet verloren. Ieder der partijen heeft alleen te maken met dengene, die in eerste instantie zijn tegenpartij was. Alleen dezen moet hij in het appel betrekken, en de houding van zijn mede-eischers of medegedaagden gaat hem niet aan; er is geen enkele reden ook hen in het appelproces op te roepen.

De appelrechter heeft natuurlijkerwijze alleen te beoordeelen de vordering, welke aan zijn oordeel is onderworpen; van een oordeel over de andere vorderingen, welke niet in het appel zijn betrokken, moet hij zich onthouden.

Zeer zeker is het mogelijk dat daardoor tegenstrijdige beslissingen worden verkregen: vernietigt de appelrechter de aan zijn oordeel onderworpen beslissing, dan is van de verschillende, oorspronkelijk te zamen ingestelde, vorderingen de eene af-, de andere toegewezen, hoewel zij wellicht volkomen gelijksoortig zijn. Dit is echter niets bijzonders: waren de vorderingen afzonderlijk ingesteld, dan was deze mogelijkheid evenzeer aanwezig.

Het is zelfs mogelijk dat door deze tegenstrijdigheid van beslissingen de rechten van een der oorspronkelijke partijen kunnen worden aangetast. Daaraan consequenties te verbinden ten aanzien van de ontvankeelijkheid van het appel lijkt ons echter onjuist. Deze tegenstrijdigheid

---

<sup>1)</sup> Anders had geen subjectieve cumulatie mogen plaats hebben; vgl. het opstel van schrijver dezes in R.M. Themis 1941 blz. 42—43.

van beslissingen, deze aantasting van rechten, kunnen zich evengoed voordoen in het geval, dat de vorderingen niet tezamen bij één dagvaarding worden ingesteld, doch in afzonderlijke processen. Niemand zal aannemen dat het al dan niet instellen van appel in de eene procedure dan *processueel* invloed kan hebben op de ontvankelijkheid van het appel in de andere procedure, al bestaat er materieel tusschen de beide zaken ook het nauwste verband. Doch dan bestaat er ook geen reden een ander standpunt in te nemen indien de vorderingen door cumulatie tezamen zijn aanhangig gemaakt.

Deze consequentie is o.i. thans ten volle getrokken door den Hoogen Raad in zijn aangehaald arrest van 1938. In het algemeen had de Hooge Raad de zelfstandigheid van gecumuleerde vorderingen ook reeds aangenomen in de aangehaalde arresten van 1906, 1912 en 1929.

Het standpunt, dat de gecumuleerde vorderingen hun zelfstandigheid ook ten aanzien van het appel blijven behouden, heeft voorts tot natuurlijke gevolgen, dat de eischer, wiens vordering tegen A is toegewezen, doch tegen B afgewezen, en tegen wien A in appel is gekomen, niet incidenteel kan appelleren tegen B (die overigens niet in de appel-procedure is vertegenwoordigd), en dat, indien de vorderingen zoowel tegen A als tegen B waren toegewezen, het appel van A de executie tegen den niet in appel gekomen B niet kan verhinderen; voorts dat de appel-termijn normaal ten aanzien van ieder der partijen loopt, zoodat, wanneer de gecumuleerde vorderingen tegen A en B gelijkelijk zijn toegewezen, en A tijdig in appel is gekomen, de mogelijkheid voor B om in hooger beroep te gaan voorgoed is afgesneden, indien de termijn van drie maanden na het vonnis is verlopen.

In vele der gevallen, waarin subjectieve cumulatie heeft plaats gehad, zal de procedure een hoofdelijke verbintenis betreffen. Moet een ander standpunt worden ingenomen wanneer een hoofdelijke vordering is ingesteld door meerdere eischers of tegen meerdere gedaagden?

Zooals reeds in de critiek op de aangehaalde arresten is gebleken wordt deze vraag o.a. door MEYERS en DE NERÉE TOT BABBERICH, misschien ook door den Hoogen Raad, bevestigend beantwoord. Wij zullen trachten een tegenovergesteld standpunt te verdedigen.

In de eerste plaats zullen wij ons bezig houden met de passieve hoofdelijkheid, en wij stellen hierbij voorop dat de theorie, volgens welke de hoofdelijke schuldenaren elkander vertegenwoordigen, in Nederland niet wordt aanvaard. <sup>1)</sup> De consequenties, welke deze theorie zou meebrengen voor ons onderwerp, zullen in dit hoofdstuk dan ook buiten beschouwing worden gelaten. <sup>2)</sup>

In navolging van de Fransche opvatting maakt men, zooals reeds bij

---

<sup>1)</sup> Vgl. o.a. DE NERÉE, blz. 26 v.v.; ASSER-LOSECAAT VERMEER blz. 95.

<sup>2)</sup> Voor de Fransche opvatting zie Hoofdstuk II § 3.

de besproken arresten tot uiting is gekomen, veelal verschil tusschen de gevallen, waarin een vordering tegen meerdere hoofdelijke schuldenaren is toe- of afgewezen. De vragen, of een van de veroordeelde debiteuren zonder zijn mededebiteuren in appel kan komen, respectievelijk of de crediteur, wiens vordering tegen allen is afgewezen, slechts één van zijn hoofdelijke debiteuren in het appel mag betrekken, beantwoordt men in tegengestelden zin.

De algemeene opvatting is, dat ieder der hoofdelijke schuldenaren het recht heeft van een *veroordeelend* vonnis in hooger beroep te komen, <sup>1)</sup> waaromtrent wij bij DE NERÉE TOT BABBERICH het volgende lezen: <sup>2)</sup>

„Tengevolge van deze opvatting kan het voorkomen, dat dit vonnis ten aanzien van één der schuldenaren in hooger beroep vernietigd wordt. De overige schuldenaren blijven dan aansprakelijk voor het geheele bedrag en wanneer zij de schuld voldoen worden zij niet gesubrogeerd in de vordering tegen hun medeschuldenaar, aangezien deze zich op zijn vrijsprekend vonnis beroepen kan.

Dit is zeer zeker een bezwaar en het zou dan ook beter zijn, indien alle schuldenaren, die in eerste instantie partij waren, in de appel-procedure betrokken werden.

Maar ieder schuldenaar is geheel vrij in zijne keuze of hij al dan niet van dit rechtsmiddel gebruik wil maken.

Men kan den schuldenaar, die alleen in hooger beroep komt, er geen verwijt van maken, dat zijn medeschuldenaren in dit vonnis wenschen te berusten, aangezien hij hen niet dwingen kan het proces voort te zetten.

Op deze gronden neemt men aan, dat het hooger beroep door één der hoofdelijke schuldenaren ingesteld, ontvankelijk is.

In dezen zin H.R. 21 Maart 1845 W. 592: „dat de voorgestelde exceptie van niet-ontvankelijkheid in appel (*exceptio plurium litis consortium*) daarom naar rechten niet kan opgaan, omdat dezelve is ten eenemale de jure tertii en de appellante niet bij machte is, om haar mede-solidair veroordeelden, indien zij verkiezen in het vonnis a quo te berusten, te noodzaken om daarvan te komen in appel, terwijl hunne berusting daarentegen aan de appellante de bevoegdheid niet kan benemen om zich van dit middel van appel te bedienen”.

Indien nu deze schuldenaar in hooger beroep wordt vrijgesproken, dan kunnen zijn medeschuldenaren zich daarop niet beroepen.

Zij blijven aansprakelijk voor het geheele bedrag, waartoe zij in eersten aanleg veroordeeld werden en het zal van de omstandig-

<sup>1)</sup> DE NERÉE blz. 90; MEIJERS N.J. 1934 blz. 1031; VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 332, aant. 8, noot 1 slot (blz. 529). H.R. 21 Maart 1845, W. 592; 26 Januari 1872, W. 3433; 8 Maart 1934, W. 12755; N.J. 1934 blz. 1029.

<sup>2)</sup> DE NERÉE blz. 90—92.

heden afhangen of ook de schuldenaar, tegen wien de eisch werd ontzegd, zijn aandeel in dit bedrag moet betalen. Volgens mijn meening is hij daartoe tegenover zijne medeschuldenaren niet verplicht, indien hij niet heeft kunnen voorkomen, dat zij in dit vonnis berustten.

Deze schuldenaren waren immers in de gelegenheid om mede in hooger beroep te komen en zich te refereeren aan het oordeel van den rechter. Op deze wijze kon de appelprocedure hun alleen voordeel en geen nadeel brengen. Nu zij dit echter niet gedaan hebben is het billijk, dat zij alleen de gevolgen van hun eigen nalatigheid dragen en hun regresactie tegen hun medeschuldenaar verliezen".

Wanneer echter de eisch van den crediteur tegen meerdere hoofdelijke schuldenaren *ontzegd* is wordt aangenomen dat hij, op straffe van niet-ontvankelijkheid, al die oorspronkelijke gedaagden in appel moet dagvaarden. Deze opvatting wordt hierop gebaseerd, dat, wanneer het beroep tegen enkele schuldenaren was toegelaten, de mogelijkheid bestond dat de vordering tegen den één werd ontzegd in eerste instantie, en tegen den ander in hooger beroep werd toegewezen. Daardoor zou de materieel-rechtelijke positie tusschen de schuldenaren worden gewijzigd. Immers, wanneer de debiteur, tegen wien de vordering in hooger beroep werd toegewezen, zijn schuld zou voldoen, zou hij niet meer gesubrogeerd kunnen worden in de rechten van den schuldeischer tegen zijn medeschuldenaren, omdat deze zich op hun vrijsprekend vonnis zouden kunnen beroepen. <sup>1)</sup>

Anders zou dit wederom worden indien de debiteuren niet eenzelfde verweer hebben gevoerd, hetwelk de vordering zelf betreft, doch een verweer, dat elk der debiteuren persoonlijk aangaat. In dat geval zou het den crediteur vrijstaan slechts één der oorspronkelijke gedaagden in het appel te betrekken. <sup>2)</sup>

Hierboven hebben wij reeds enkele bezwaren tegen het criterium „wijziging in de materiele rechtsbetrekkingen" naar voren gebracht, omdat deze opvatting tot inconsequenties leidt. Het vervallen van de mogelijkheid tot regres doet zich immers niet alleen voor bij appel van den crediteur tegen één der gelijkelijk veroordeelde debiteuren, maar kan ook voorkomen bij appel van één der debiteuren tegen den crediteur, <sup>3)</sup> en evenzoo bij appel van den crediteur tegen één der debiteuren

<sup>1)</sup> H.R. 4 Febr. 1921, W. 10704; W.P.N.R. no. 2733. MEIJERS, W.P.N.R. no. 2733, en N.J. 1934 blz. 1031; DE NERÉE, blz. 96 v.v.; VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 332, aant. 8, noot 1 slot (blz. 529). Anders: STAR BUSMANN W. 12755.

<sup>2)</sup> Procureur-Generaal BESIËR in zijn conclusie vóór H.R. 15 Mei 1936, W. en N.J. 1936 No. 955, en MEIJERS in zijn onderschrift onder dit arrest.

<sup>3)</sup> Althans in de opvatting van de voorstanders dezer leer, niet in de opvatting van STAR BUSMANN. Vgl. diens genoemd onderschrift in W. 12755.

wanneer geen zakelijke, doch persoonlijke verweren zijn gevoerd, in welke beide laatste gevallen men niettemin tot een tegengestelde opvatting komt.

Tot welke casuïstiek moet deze opvatting bovendien niet voeren? Veronderstel b.v. het volgende geval: een crediteur spreekt bij één dagvaarding twee hoofdelijke debiteuren aan. Beiden voeren een verweer, de vordering zelf betreffende. Een der debiteuren voert daarenboven een hem persoonlijk betreffend verweer. De Rechtbank wijst de vordering af op grond van het door beide debiteuren aangevoerd zakelijk verweer.

De crediteur wil in appel gaan. Hij is echter van meening dat, zelfs als het Hof het zakelijk verweer ongegrond zal oordeelen, zijn vordering tegen den eenen debiteur toch in elk geval zal moeten stranden op grond van diens persoonlijk verweer, en dagvaardt dezen daarom niet in appel. Weliswaar hebben beide debiteuren eenzelfde zakelijk verweer gevoerd, doch hier zou er alles voor te zeggen zijn de genoemde uitzondering te laten gelden.

Het bezwaar, dat de bestreden opvatting inconsequenties tot gevolg heeft, achten wij reeds ernstig, doch wij meenen dat zij ook op principieele gronden moet worden verworpen.

Uit den aard van het procesrecht volgt, dat dit aan strenge regels en vormen moet zijn gebonden. Een volmaakt stelsel is onbereikbaar, en elk stelsel, hoezeer het de volmaaktheid ook zou nabij komen, zal in de praktijk noodzakelijkerwijze tot ongewenschte resultaten kunnen leiden. Daaraan de gevolgtrekking te verbinden, dat deze regels maar moeten worden opzij gezet indien dit gewenscht voorkomt, zou leiden tot willekeur.

In § 2 hebben wij dit reeds als stelregel vooropgezet, en ook hier moeten wij tot de conclusie komen dat, aangenomen al dat de rechtspositie van de debiteuren onderling door een beperking van het appel zou kunnen worden gewijzigd — een vraag welke theoretisch zeer ingewikkeld is, en zeer zeker practisch niet eenvoudig is te beantwoorden —, dit niet tot een ontnemen van een procesrechtelijke bevoegdheid mag leiden.

Een vasthouden aan deze regels moge dan al in een enkel geval een onbevredigend resultaat tot uitkomst hebben, men geve zich rekenschap van het veel grootere nadeel, namelijk willekeur en onzekerheid, welke een andere opvatting tengevolge kan hebben. Wij meenen zulks niet beter te kunnen illustreeren dan door te verwijzen naar § 3 van het volgende hoofdstuk, waarin de verwarde Fransche jurisprudentie is weergegeven, en de aan het slot van deze § aangehaalde passage uit GLASSON-TISSIER-MOREL.

De wet doet duidelijk uitkomen dat de vordering ten aanzien van ieder der hoofdelijke debiteuren zelfstandig is: de schuldeischer eener hoofdelijke verbintenis kan diengene der hoofdelijke schuldenaren aanspreken, welken hij verkiest, zonder dat deze hem het voorregt van schuldplitsing

kunne tegenwerpen, zegt art. 1319 B.W. uitdrukkelijk. Natuurlijk staat het den schuldeischer vrij zijn hoofdelijke debiteuren bij één dagvaarding in rechten te betrekken. Daardoor verliest echter elk der vorderingen haar zelfstandigheid niet. Al hetgeen wij ten aanzien van de subjectieve cumulatie in het algemeen hebben opgemerkt achten wij ook bij subjectieve cumulatie van hoofdelijke vorderingen toepasselijk. Ieder der partijen kan zelfstandig in appel gaan. Is de vordering tegen meerdere hoofdelijke debiteuren toegewezen, dan behoeft de eene debiteur niet te berusten, ook al zou de ander dit doen. Is de vordering afgewezen, dan staat het den crediteur vrij slechts tegen één van hen in appel te gaan.

Het appel van één der verliezers, of het betrekken in appel van één der overwinnaars uit de eerste instantie, mag *processueel* geen invloed hebben op het vonnis, voorzover dit is geweest ten voordeele van, of tegen een der andere partijen. De kwestie, of de rechtspositie van de partijen onderling daardoor *materieel* kan worden gewijzigd, zal juist bij de hoofdelijke verbintenissen sterk op den voorgrond treden, doch proces-sueele gevolgen mag dit o.i. niet hebben. Men geve er zich rekenschap van dat de vorderingen tegen de hoofdelijke debiteuren ook in afzonderlijke processen kunnen worden aanhangig gemaakt, en dat, wanneer in de eene zaak wordt geappelleerd, en in de andere berust, ook dan tegenstrijdigheid van uitspraken, en verandering in de materiele rechtsbetrekking tusschen de debiteuren onderling, daarvan het gevolg kan zijn.

Ook bij de actieve hoofdelijkheid gaat de wet er van uit, dat de vordering ten aanzien van ieder der hoofdelijke crediteuren zelfstandig is. „Het staat aan de keus van den schuldenaar om den eenen of anderen der schuldeischers te voldoen, zoolang hij niet door een van hen in regten is aangesproken”, luidt art. 1315 B.W. Ook hier doet het optreden van de hoofdelijke schuldeischers gezamenlijk deze zelfstandigheid niet verloren gaan. Is de vordering den hoofdelijken crediteuren ontzegd, dan kan de een berusten, de ander in beroep gaan; is hun vordering toegewezen, dan kan de veroordeelde appelleren tegen één der hoofdelijke crediteuren — doch hij zal hierbij geen belang hebben, omdat hij toch gehouden is het geheel aan den ander te voldoen.

Dit alles zal o.i. zoowel gelden bij de hoofdelijkheid *ex contractu* als bij de hoofdelijkheid *ex lege*, alsmede in die gevallen, waarin een bepaalde prestatie door of van elk van meer schuldeischers of schuldenaren in haar geheel kan worden gevorderd, met name indien meerdere personen een onrechtmatige daad hebben gepleegd. Immers, al neemt men hier geen hoofdelijkheid aan, deze rechtsfiguur is met de hoofdelijkheid toch nauw verwant, en de voornaamste kenmerken stemmen overeen: ook van de deelnemers eener onrechtmatige daad is ieder voor de geheele

schade aansprakelijk, <sup>1)</sup> en diegene, die de schade heeft vergoed, heeft verhaal op de andere deelnemers. <sup>2)</sup>

Ook bij een rechtsverhouding als er bestaat tusschen schuldeischer, schuldenaar en borg huldigt men wel eenzelfde opvatting als bij de hoofdelijkheid: <sup>3)</sup> is de vordering van den schuldeischer, ingesteld tegen den hoofdschuldenaar en den borg in één procedure, tegen beiden toegewezen, dan zouden de schuldenaar en de borg ieder afzonderlijk mogen appelleren; is de vordering tegen beiden afgewezen, dan zou de schuldeischer niet tegen den borg alléén mogen appelleren. <sup>4)</sup>

Ook hier kunnen wij deze meening niet volgen.

Dat de schuldeischer alléén tegen den hoofdschuldenaar appelleert kan toch wel in geen geval eenig bezwaar opleveren: de borg is alleen aansprakelijk bij niet-betaling van den schuldenaar, en het door den crediteur prijsgeven van zijn rechten op den borg kan den schuldenaar niet benadeelen.

Het zou inderdaad vreemd zijn, indien de schuldeischer berust in de afwijzing zijner vordering tegen den hoofdschuldenaar, en alleen tegen den borg in hooger beroep komt. Wij meenen hier wederom buiten beschouwing te mogen laten welke gevolgen dit materieelrechtelijk kan hebben: of de borg een beroep kan doen op het gewijsde tusschen schuldeischer en schuldenaar, <sup>5)</sup> of dat een dergelijk beroep niet mogelijk is, en de borg door den appelrechter tot betaling kan worden veroordeeld (hetgeen complicaties tengevolge kan hebben). Doch met een niet-ontvankelijkheid van het appel mag een dergelijke wijze van procederen o.i. niet worden afgestraft. Er waren twee vorderingen aanhangig, één vordering tegen den schuldenaar, en één tegen den borg. Beide vorderingen hadden ook afzonderlijk kunnen worden ingesteld, en indien zulks was geschied had in de procedure tegen den borg kunnen worden geappelleerd, hoewel in de uitspraak tegen den schuldenaar werd berust. Een processueele vereeniging der beide vorderingen laat hare zelfstandigheid ongerept. Een splitsing daarvan in de appelprocedure mag dan ook geen invloed hebben op de ontvankelijkheid van het appel, welke gevolgen deze splitsing materieelrechtelijk ook moge hebben.

Wij merkten reeds op dat de Hooge Raad bij zijn voornoemde beslissingen de hoofdelijkheid zelf nimmer ter sprake heeft gebracht, doch het

<sup>1)</sup> Aldus ook ASSER-VAN GOUDOEVER blz. 75.

<sup>2)</sup> Aldus ook ASSER-VAN GOUDOEVER blz. 94. Vgl. ASSER-LOSECAAT VERMEER blz. 92.

<sup>3)</sup> Practisch zal de borg wel steeds hoofdelijk zijn gebonden ex contractu, maar de aard der overeenkomst brengt geen hoofdelijke gebondenheid mede, evenmin als een wettelijke bepaling.

<sup>4)</sup> VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 332, aant. 8, noot 1 op blz. 528—529, slot.

<sup>5)</sup> Vgl. hierover ASSER-ANEMA blz. 405.



criterium alleen heeft gezocht in het al dan niet aantasten van rechten van een van de oorspronkelijke partijen. Hoewel het aangehaalde arrest van 1938 geen geval van hoofdelijkheid betrof zijn wij derhalve van meening, dat de Hooge Raad thans het hier verdedigde standpunt ook ten aanzien van een hoofdelijke verbintenis zal aanvaarden. Voor dit vermoeden meenen wij ook steun te mogen putten uit een arrest van 1937, al betrof dit geen geval van zuivere hoofdelijkheid, maar een geval, waarbij meerdere personen aansprakelijk waren voor de gevolgen eener onrechtmatige daad, en al had de kwestie toen niets te maken met den omvang van het appel: een verzekeraar vorderde bij één dagvaarding algeheele vergoeding van schade, toegebracht door een motorrijtuig, zoowel van den bestuurder als van den eigenaar. De Hooge Raad <sup>1)</sup> oordeelde, dat de chauffeur door den eigenaar als getuige kon worden opgeroepen, op grond van de overwegingen:

dat de aard van hetgeen de verzekeraar vordert niet medebrengt dat daaromtrent slechts in één, tegen haar beide wederpartijen gezamenlijk aanhangig gemaakt geding, kan worden beslist, en de vordering tegen den eigenaar ook aanhangig kan worden gemaakt zonder den chauffeur erin te betrekken;

dat onder deze omstandigheden de processuele band, tusschen de vordering tegen eigenaar en bestuurder gelegd, door samenvoeging in één dagvaarding, niet tengevolge heeft dat de bestuurder in dit geding ook ten aanzien van de vordering tegen den eigenaar in den zin van art. 1947 B.W. partij is;

Zeër nadrukkelijk komt in dit arrest de zelfstandigheid van dergelijke vorderingen tot uiting, en deze opvatting van den Hoogen Raad zal noodzakelijkerwijze ook consequenties ten aanzien van den omvang van het appel moeten medebrengen. Ook in dit geval was het theoretisch mogelijk, dat de vordering tegen den chauffeur als bewezen zou worden toegewezen, doch tegen den eigenaar als onbewezen zou worden ontzegd, en dat daardoor de veroordeelde chauffeur geen regres zou kunnen uitoefenen tegen den voor het geheel mede aansprakelijken eigenaar. Dit is echter de consequentie van het stelsel dat, hoewel de vorderingen in één dagvaarding zijn gecumuleerd, men met verschillende onafhankelijke vorderingen te doen heeft.

Niet steeds heeft er subjectieve cumulatie van vorderingen plaats gehad indien meerdere eischers of meerdere gedaagden in één procedure optreden. Het is mogelijk dat er ten aanzien van een bepaald geschil een zoodanige band tusschen verschillende personen bestaat, dat het optreden of oproepen van één dezer personen zonder de anderen niet ongestraft kan geschieden. STAR BUSMANN <sup>1)</sup> noemt enkele gevallen, waarin dit

---

<sup>1)</sup> H.R. 18 Februari 1937, W. en N.J. 1937 no. 622 m.o. P.S.

<sup>2)</sup> STAR BUSMANN, De exceptio p.l.c. blz. 185 v.v.

uitdrukkelijk in de wet is voorgeschreven, o.a. in de artt. 1565 en 1758 B.W. (indien het een ondeelbare zaak betreft), 70 F., 456 Rv.

Ook zonder uitdrukkelijk wetsvoorschrift zal zich dit kunnen voordoen, o.a. tengevolge van ondeelbaarheid. <sup>1)</sup> Zoo besliste de Hooge Raad, dat de ontbinding van een door een maatschap gesloten overeenkomst, als zijnde ondeelbaar, niet tegen enkele, maar slechts tegen alle vennooten gezamenlijk kan worden gericht. <sup>2)</sup> In dergelijke gevallen zijn er niet meerdere vorderingen gecumuleerd, doch heeft men slechts met een enkele vordering te doen, welke door of tegen meerdere consorten gezamenlijk is aanhangig gemaakt, welke tezamen als één procespartij optreden. In hooger beroep zullen dan ook wederom al deze consorten moeten optreden of worden opgeroepen.

Omgekeerd beteekent dit volstrekt niet dat, wanneer door of tegen meerdere personen een vordering is ingesteld, welke een ondeelbare verbintenis tot voorwerp heeft, er geen subjectieve cumulatie heeft plaats gehad. Abstract beschouwd had de omstandigheid, dat de prestatie niet bij gedeelten kan geschieden, evengoed kunnen leiden tot de regeling, dat door meer schuldenaren of aan meer schuldeischers *tezamen* behoort te worden voldaan, <sup>3)</sup> doch onze wet verklaart uitdrukkelijk dat eeniegelijk dergenen, die gezamenlijk tot een ondeelbare schuld verplicht zijn, voor het geheel derzelve aansprakelijk is, ook al ware het dat de verbintenis niet hoofdelijk mocht zijn aangegaan (art. 1337 B.W.), en dat ieder van meer schuldeischers <sup>4)</sup> de uitvoering van een ondeelbare verbintenis in derzelver geheel kan vorderen (art. 1339 B.W.). Bij een ondeelbare verbintenis is het dus geenszins uitgesloten dat b.v. een schuldeischer in eerste instantie slechts één der debiteuren aanspreekt, hen allen gezamenlijk of allen afzonderlijk aanspreekt. Ook met betrekking tot een ondeelbare verbintenis is het dus niet alleen mogelijk, maar is het zelfs regel, dat er subjectieve cumulatie heeft plaats gehad, in welk geval de geschillen in hooger beroep kunnen worden gesplitst, doch dit zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld. Het criterium zal dus niet hierin moeten worden gezocht of de vordering deelbaar is of niet, maar of er al dan niet subjectieve cumulatie heeft plaats gevonden.

Het lijkt niet noodig hier verder in te gaan op de zeer netelige kwestie, wanneer *in eerste instantie* een eischer, op straffe van niet-ontvankelijk-

<sup>1)</sup> Zie o.a. ASSER-LOSECAAT VERMEER blz. 82.

<sup>2)</sup> H.R. 29 Maart 1912, W. 9335 m.o. E.M.M.; anders STAR BUSMANN, De exceptio p.l.c. blz. 117 v.v. Vgl. ook H.R. 11 Februari 1943, W. en N.J. 1943 no. 197, en H.R. 5 Juni 1936, W. en N.J. 1937 no. 1 m.o. P.S.

<sup>3)</sup> Vgl. DIEPHUIS X, blz. 229—230; ASSER-VAN GOUDOEVER blz. 34; ASSER-LOSECAAT VERMEER blz. 81.

<sup>4)</sup> De wet spreekt alleen van pluraliteit, veroorzaakt door erfrecht, doch algemeen neemt men aan dat de regel eveneens toepasselijk is indien van den beginne af aan meer schuldeischers tegenover de andere partij staan; vgl. ASSER-VAN GOUDOEVER blz. 34 en 32; ASSER-LOSECAAT VERMEER blz. 72, en daar aangehaalde schrijvers, en blz. 80.

heid, slechts tezamen met anderen kan optreden, of meerdere personen gezamenlijk moet dagvaarden, omdat met betrekking tot het appel de vraag ook zonder dat kan worden beantwoord.

Het lijkt geen twijfel dat, wanneer in eerste instantie gezamenlijk optreden met anderen, of dagvaarden van meerderen gezamenlijk, noodzakelijk is, al deze personen ook in het appel moeten worden betrokken. Alleen deze vraag blijft te beantwoorden of, wanneer meerdere personen gezamenlijk zijn opgetreden of gezamenlijk zijn opgeroepen als één partij, ook zonder dat dit op straffe van niet-ontvankelijkheid noodig was, een of meer dezer personen in appel buiten den strijd kunnen worden gehouden. Deze vraag meenen wij ontkennend te moeten beantwoorden. Anders dan wanneer er subjectieve cumulatie heeft plaats gehad zijn deze personen gezamenlijk als één partij opgetreden, in een procedure waarin slechts één rechtsgeschil aanhangig was. Ditzelfde rechtsgeschil is ook wederom in hooger beroep aanhangig, doch wanneer een of meer der personen, welke in eerste instantie tezamen één partij vormden, buiten de appelprocedure blijven of worden gehouden, zal de appelprocedure worden gevoerd tusschen andere partijen dan in eerste instantie, en dit is (behalve in gevallen van rechtsopvolging, wijziging van rechtsvertegenwoordiging e.d. gedurende de procedure) ongeoorloofd.

Mogelijkerwijze zou men de opvatting kunnen voorstaan, dat één der als een enkele procespartij opgetreden eischers of gedaagden afzonderlijk in appel mag gaan, mits hij zijn consorten mede in het appel oproept, b.v. om het gewezen vonnis te hooren vernietigen. Ook deze oplossing meenen wij echter te moeten verwerpen; weliswaar zijn alle in eersten aanleg vertegenwoordigde personen dan in het appel betrokken, doch het geding wordt dan niet meer gevoerd tusschen dezelfde partijen, hetgeen ons noodzakelijk lijkt.

De opvatting, dat de gezamenlijk teleurgestelden slechts gezamenlijk in appel kunnen komen, moge in sommige gevallen voor één der consorten weinig bevredigend zijn, doch het lijkt ons de consequentie van het feit, dat hij slechts tezamen met anderen over een zaak of een recht mag beschikken.

Als conclusie meenen wij te mogen opzetten:

Heeft er in eerste instantie subjectieve cumulatie plaats gehad, dan behoudt elke vordering haar zelfstandigheid. Dit heeft tengevolge, dat de appellerende partij alleen in appel kan komen van de geschillen of het eene geschil, waarbij zij partij was, en daarbij *moet*, maar ook alleen *kan*, oproepen dengene of diegenen, die in eerste instantie tegenover haar hebben gestaan; dat de appelrechter slechts mag kennis nemen van die der oorspronkelijk gecumuleerde vorderingen, welke aan zijn oordeel wordt of worden onderworpen, zonder dat het berusten in de overige uitspraken op de ontvankelijkheid van de in appel gebrachte vordering(en) van invloed mag zijn; dat, indien slechts één der vorderingen in appel wordt gebracht, incidenteel appel van de andere vordering(en) niet mogelijk is.

Heeft er geen cumulatie van vorderingen plaats gehad, doch zijn meerdere personen gezamenlijk als één procespartij opgetreden, dan kan de appelrechter alleen dán van het geschil kennis nemen, indien de personen, die in eersten aanleg waren vertegenwoordigd als één partij, ook in hooger beroep gezamenlijk optreden of zijn gedagvaard.

### *e. Alternatieve partijen.*

Nu zal zich ook het geval kunnen voordoen, dat meerdere personen moeten worden gedagvaard zonder dat een der besproken gevallen (subjectieve cumulatie of gezamenlijk optreden als één procespartij) aanwezig is, n.l. als er slechts een enkel rechtsgeschil aanhangig is, maar de gedaagden toch niet tezamen één procespartij vormen. Een dergelijk geval, dat wel tot de hooge uitzonderingen zal behooren, kan zich voordoen bij toepassing van art. 715 B.W. De eigenaar van een stuk land, hetwelk zoodanig tusschen andere landen ligt ingesloten dat het geen toegang heeft tot den gemeenen weg, kan van de eigenaars der naastgelegen erven vorderen dat zij hem een uitweg aanwijzen. Behooren alle omringende landen aan één eigenaar, dan doen zich geen moeilijkheden voor. Zijn er verschillende eigenaars, dan zullen deze alle moeten worden gedagvaard, doch zij vormen niet tezamen één procespartij: ieder der gedaagden staat zelfstandig tegenover den eischer. Evenmin zijn er verschillende vorderingen gecumuleerd. Er is slechts één vordering ingesteld, welke tweeledig is: primair zal de Rechtbank moeten beslissen dat de eischer recht heeft op een uitweg, en, zoo ja, vervolgens over welk perceel of welke perceelen de uitweg zal moeten worden gegeven.

Wordt een der gedaagden veroordeeld tot het geven van een uitweg, dan kan hij in appel komen. Of hij ook zijn medegedaagde(n) in het appel moet betrekken zal van zijn verweer afhangen. Bestrijdt hij uitsluitend eischers recht op een uitweg, dan zal hij zijn medegedaagde(n) niet behoeven op te roepen, omdat zijn (resp. hun) tegenwoordigheid voor de beslissing van den appelrechter niet noodzakelijk is: krijgt de appellant gelijk, dan wordt de vordering van eischer afgewezen; verliest hij, dan wordt het vonnis, waarbij hij tot het geven van een uitweg werd veroordeeld, bevestigd.

Is de veroordeelde echter van meening dat niet hij, maar een van de andere eigenaren tot het geven van een uitweg had moeten worden veroordeeld, dan zal hij noodzakelijkerwijze ook dien ander moeten oproepen,<sup>1)</sup> daar anders het Hof, indien vaststaat dat de eischer tot een uitweg gerechtigd is, niet in staat is het geschil te beoordeelen: het Hof kan immers niet een beslissing geven over de rechtsbelangen van een niet in het geding geroepen persoon, nog minder dien persoon tot een prestatie veroordeelen.

<sup>1)</sup> Al is het een enigszins vreemde figuur, dat men iemand in de appelprocedure oproept, die niet zijn rechtstreeksche tegenpartij is.

Het oordeel van den Hoogen Raad werd eenmaal in deze kwestie ingeroepen. <sup>1)</sup> Nadat de landeigenaar WIT tegen de eigenaars der naastgelegen erven VRIES en BRUGMAN een vordering tot aanwijzing van een uitweg ex art. 715 B.W. had ingesteld, veroordeelde de Rechtbank BRUGMAN tot het geven van zulk een uitweg. BRUGMAN acht zich door deze uitspraak bezwaard, en dagvaardt WIT in hooger beroep. Het Hof verklaart het appel niet-ontvankelijk, omdat VRIES niet in het appel is betrokken. Beroep in cassatie wordt verworpen. De Hooge Raad acht de aangevallen beslissing gewezen in overeenstemming met den aard van het rechtsmiddel van appel, als in het algemeen strekkende tot nieuwe behandeling en beslissing van *dezelfde zaak*, en overweegt:

dat dientengevolge, waar de belangen van meerdere in eersten aanleg opgekomen partijen zoo nauw samenhangen, dat de appel-rechter eene in aard verschillende zaak te onderzoeken zou hebben, indien niet al die partijen voor hem werden opgeroepen, op dengeen die het appel aanhangig maakt de verplichting rust om (voorbehoudens de regelen van het verstek) die allen voor den hoogerem rechter te brengen, daar anders deze zijnen uit het beroep ontstaanden plicht om *die zelfde zaak* te beslissen, niet vervullen kan;

dat, daar ontegenzeggelijk het geding, waarin alternatief de veroordeeling van een der beide gedaagden is gevorderd, geheel van aard verandert, wanneer een hunner niet voor den hoogerem rechter wordt geroepen en dus niet onder het bereik van diens alternatief te geven dictum komt, enz.

STAR BUSMANN bestrijdt dit arrest op grond, dat de rechtsbetrekking van beide gedaagden tot den eischer voor afzonderlijke beslissing vatbaar is, <sup>2)</sup> hetgeen ons echter, blijkens het hierboven opgemerkte, niet juist lijkt.

Een andere mogelijkheid is deze, dat een schuldeischer slechts één enkele vordering heeft, doch niet zeker weet wie van meerdere personen deze moet voldoen. Men denke bijvoorbeeld aan het geval, dat iemands huis door het vuur is vernield, doch zoowel de maatschappij, bij welke de eigenaar zich tegen brand had verzekerd, als die, bij welke hij zich tegen molest had verzekerd, hare aansprakelijkheid betwisten. Het lijkt ons geoorloofd in dit geval de beide personen, waarvan er één in ieder geval moet betalen, tegelijkertijd alternatief te dagvaarden, en te vorderen dat, zoo de vordering tegen den eersten gedaagde wordt ontzegd, zij tegen den tweeden gedaagde wordt toegewezen. Er heeft dan noch subjectieve cumulatie van vorderingen plaats gehad, noch objectieve cumulatie (vgl. hierover § 9); evenmin zijn er meerdere *vorderingen* alternatief ingesteld (vgl. hierover § 10), doch er zijn verschillende *personen* alternatief gedagvaard.

Omgekeerd zouden meerdere eischers alternatief kunnen optreden,

<sup>1)</sup> H.R. 15 Mei 1896, W. 6812.

<sup>2)</sup> STAR BUSMANN, De exceptio p.l.c. blz. 171—172.

met dien verstande dat geeischt wordt de toewijzing der vordering aan den eersten eischer, doch, voor het geval de rechter van oordeel zou zijn dat niet de eerste, maar de tweede eischer de gerechtigde is, de toewijzing aan den tweeden eischer.

## § 6. VOEGING EN TUSSCHENKOMST.

### *a. Algemeene opmerkingen.*

Niet steeds, wanneer meer dan twee partijen in een procedure tegenwoordig zijn, is dit een gevolg van het optreden bij, of het oproepen door de dagvaarding. Ook indien er aanvankelijk slechts twee partijen waren kunnen incidenten gedurende den loop eener procedure wijziging in het aantal der partijen teweeg brengen. Dit kan geschieden door voeging of tusschenkomst, verwijzing en voeging, en oproeping in vrijwaring. De voeging en tusschenkomst zullen worden besproken in deze §, de verwijzing en voeging, en de vrijwaring in de beide volgende §§.

Het verzoek zich te mogen voegen, of te mogen tusschenkomen, geschiedt bij wijze van incidenteele vordering. Het vonnis, waarbij het verzoek wordt toe- of afgewezen is een incidenteel vonnis.<sup>1)</sup> Over het zelfstandig karakter van het vonnis in de hoofdzaak en het vonnis op de incidenteele vordering, en het gevolg hiervan ten aanzien van den omvang van het appel, spraken wij in § 3.

Thans is het echter de vraag hoeverre de omvang van het appel zich uitstrekt, indien de incidenteele vordering als afgedaan kan worden beschouwd, en in het vonnis, waarbij het verzoek tot voeging of tusschenkomst werd ingewilligd, is berust.

Tusschen de beide rechtsfiguren voeging en tusschenkomst bestaat een essentieel verschil. Vrij algemeen<sup>2)</sup> neemt men aan dat voeging plaats heeft wanneer een derde, die belang heeft bij den uitslag van een aanhangige procedure, zich voegt aan de zijde van een der partijen, deze steunt en met haar medeprocdeert, teneinde er toe mede te werken dat het vonnis ten haren gunste uitvalt. Ingeval van tusschenkomst treedt de derde zelfstandig op in het proces, daarbij aanspraak makend op een eigen recht tegenover de beide oorspronkelijke procespartijen. Bij voeging heeft men derhalve te doen met een enkele zaak, een enkel rechtsgeschil, waarbij aan één zijde, behalve de oorspronkelijke partij, tevens de gevoegde partij strijdt. Bij interventie heeft men een zaak waarin drie partijen zelfstandig optreden, terwijl door het zich in het geding mengen van den intervenient wellicht meerdere geschillen in één procedure worden vereenigd. Ten aanzien van den omvang van het appel is dit van groote beteekenis.

<sup>1)</sup> Aldus ook STAR BUSMANN nos. 339 en 382, en VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 288, aant. 2.

<sup>2)</sup> Vergelijk VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 285, aant. 1, en noot 2 op blz. 421 aldaar.

### *b. Voeging.*

Daar er bij voeging slechts van één zaak sprake is geeft de vraag naar den omvang van het appel ten aanzien van het object weinig moeilijkheden: alleen deze ééne zaak kan in het appel betrokken worden. Moeilijkheden verschaft hier alleen de kwestie welke personen kunnen appelleren, en welke in het appel kunnen of moeten worden betrokken.

Dat de oorspronkelijke eischer en gedaagde kunnen appelleren behoeft geen betoog: het is hún geschil dat is beslecht.

Op grond van de secundaire positie van de gevoegde partij zou er wellicht veel voor te zeggen zijn haar het recht van appel te ontzeggen. Algemeen wordt aangenomen dat de gevoegde partij geen beroep kan doen op middelen, welke niet toekomen aan de partij, waarbij zij zich heeft gevoegd, en dat een door den gedaagde afgelegde bekentenis niet door een ontkenning van de gevoegde partij kan worden krachteloos gemaakt. <sup>1)</sup> Het lijkt logisch dan ook aan te nemen dat, wanneer de in het ongelijk gestelde partij in de uitspraak berust, de gevoegde partij niet het recht heeft in hooger beroep te gaan.

Anderzijds moet men echter aannemen dat de gevoegde partij inderdaad *partij* is in het geding, en dat haar derhalve ingevolge art. 332 Rv. het recht toekomt in hooger beroep te gaan <sup>2)</sup>. Een argument voor deze opvatting valt o.i. te putten uit art. 376 Rv. Niet alleen wordt de gevoegde partij hier uitdrukkelijk partij genoemd (hetgeen in de artikelen 285 v.v. Rv. niet is geschied), maar ook ten aanzien van het instellen van rechtsmiddelen met de gewone procespartij op één lijn gesteld. De ratio van art. 376 Rv. is, dat het derdenverzet aan partijen niet toekomt, omdat dezen andere rechtsmiddelen, met name hooger beroep, ten dienste staan. Hieruit kan derhalve worden geconcludeerd, dat ook de gevoegde partij het rechtsmiddel van hooger beroep toekomt.

Toch blijft het een voor Nederlandsche rechtsbegrippen eigenaardige figuur dat degene, die rechtstreeks werd veroordeeld, in het vonnis berust, terwijl hij, die door dit vonnis niet rechtstreeks werd getroffen — al is het ook mogelijk dat diens belang bij een vernietiging even groot of zelfs grooter is dan dat van den veroordeelde, — daarvan kan appelleren. <sup>3)</sup>

Een nieuwe moeilijkheid levert de vraag op of de appellerende partij

<sup>1)</sup> Vgl. VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 72, aant. 1, en STAR BUSMANN, no. 332; H.R. 21 Mei 1909, W. 8875; 18 Mei 1923, W. 11094 m.o. S.B.; 24 Juni 1938, W. en N.J. 1939 no. 297.

<sup>2)</sup> Aldus ook FAURE V, blz. 71 (nadat deze in deel III, blz. 66, van een tegenovergestelde meening had blijk gegeven), en VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 332, aant. 2, en ad art. 72, aant. 2.

<sup>3)</sup> STAR BUSMANN laat zich over de vraag niet uitdrukkelijk uit, doch merkt, wat de vrijwaring betreft, terloops op dat de zich gevoegd hebbende waarborg niet in hooger beroep zal kunnen gaan nadat de gewaarborgde zijn recht van appel heeft prijsgegeven (no. 332).

kan volstaan met alleen zijn eigenlijken tegenstander in het appel te betrekken, dan wel of zij allen, die in eerste instantie aan den strijd hebben deelgenomen, moet dagvaarden. Dit laatste lijkt ons noodig: subjectieve cumulatie heeft er niet plaats gehad; er is slechts één zaak aanhangig, zoodat, op grond van ons in de vorige § ingenomen standpunt, alle partijen van eersten aanleg moeten worden opgeroepen.<sup>1)</sup>

### *c. Tusschenkomst.*

Het vraagstuk van den omvang van het appel met betrekking tot een geding, waarin tusschenkomst heeft plaats gevonden, heeft aan de praktijk blijkbaar geen moeilijkheden veroorzaakt; jurisprudentie hierover hebben wij althans niet kunnen vinden. Theoretisch is de kwestie echter niet eenvoudig.

Volgens de opvatting van STAR BUSMANN heeft men, wanneer een derde in een tusschen andere partijen hangend geding tusschenkomt, in werkelijkheid te doen met een processueele vereeniging van meer rechtsgeschillen tot één geding, omdat de tusschenkomende partij aanspraak maakt op een hem toekomend recht, dat hij tegenover beide andere partijen wil zien vastgesteld.<sup>2)</sup> Deze opvatting lijkt ons als vooropgezette regel onjuist, al zal in de meeste gevallen, waarin wordt geïntervenieerd, *tevens* een vereeniging van meerdere rechtsgeschillen plaats vinden.

Laat ons in de eerste plaats nagaan tot welke resultaten de gewraakte opvatting kan leiden.

Een eischer heeft van den gedaagde de afgifte eener zaak als de zijne opgevorderd. Een derde intervenueert, stelt dat hij eigenaar is der zaak, en vordert de afgifte daarvan. De vordering van den eischer wordt toegewezen, die van den intervenient dientengevolge afgewezen. De intervenient gaat in appel; de gedaagde blijft stilzitten. Het Hof oordeelt dat de intervenient eigenaar is, en beslist dienovereenkomstig. Wat is nu het geval? Volgens de opvatting van STAR BUSMANN zijn er oorspronkelijk twee geschillen geweest, de hoofdzaak — van den eischer tegen den gedaagde — en de interventie — van de tusschenkomende partij tegen den eischer en den gedaagde beiden. Van de hoofdzaak, waarin derhalve de intervenient geen partij was, is niet geappelleerd. Het vonnis, waarbij gedaagde werd veroordeeld tot afgifte aan den eischer, is dus in kracht van gewijsde gegaan. Bij de uitspraak in appel wordt de gedaagde veroordeeld tot afgifte aan den intervenient. Door de uitspraak van den appelrechter — waarbij ook de eischer partij is — wordt verklaard dat de intervenient eigenaar is, welke uitspraak lijnrecht in strijd is met het in kracht van gewijsde gegane vonnis, waarbij de eischer tot eigenaar werd verklaard, en afgifte aan dezen werd bevolen.

Het onjuiste in de genoemde opvatting lijkt ons hierin gelegen dat a

<sup>1)</sup> Aldus ook FAURE V blz. 71.

<sup>2)</sup> STAR BUSMANN no. 335.



priori een meerderheid van vorderingen wordt aangenomen. Dit behoeft echter niet het geval te zijn, en bij de tusschenkomst in zijn eenvoudigsten vorm is dit ook niet zoo. Het instituut van interventie is ingesteld om aan een derde mogelijk te maken te voorkomen, dat de uitspraak in een aanhangig geschil zijn rechten zal aantasten. De eischer vordert van den houder een zaak als de zijne op. Een derde, die pretendeert eigenaar te zijn, komt in het geschil tusschenbeide, tracht aan te toonen dat *hij* eigenaar is, en vordert dat op dezen grond de ingestelde vordering wordt afgewezen. Verder doet hij niets; met name vordert hij zelf geen afgifte van den gedaagde. In dat geval is er geen sprake van een nieuwe vordering, doch de intervenient is *partij* geworden in het *eenige* aanhangige rechtsgeschil, waarin hij zich, niet door voeging bij de gedaagde partij, maar zelfstandig tegen de toewijzing der vordering verzet.

Wij meenen derhalve dat de intervenient steeds partij wordt in het hoofdgeschil. Bepaalt de intervenient zich uitsluitend tot de tusschenkomst in zijn eenvoudigsten vorm, dan worden er niet meerdere geschillen samengevoegd, doch is er slechts één geschil aanhangig, waarin zoowel de eischer, de gedaagde als de intervenient zelfstandig partij zijn.

Nu zal het proces gewoonlijk niet zoo'n eenvoudig verloop hebben. De intervenient zal bijvoorbeeld vorderen: de verklaring voor recht dat hij eigenaar is van de zaak; van den gedaagde de afgifte der zaak, en van den eischer om te gehengen en gedoogen dat hem de zaak wordt afgegeven. Niet minder dan drie vorderingen heeft de intervenient thans ingesteld; de eerste tegen de beide oorspronkelijke partijen, de tweede tegen den gedaagde en de derde tegen den eischer. Deze drie vorderingen zijn thans inderdaad vereenigd met de hoofdvordering, doch dit neemt niet weg dat de intervenient — als tusschenkomende partij — partij is in de hoofdzaak.

Deze vereeniging van vorderingen kan tot ingewikkelde verhoudingen leiden, zooals kan blijken uit het volgende voorbeeld: een eischer vordert van gedaagde een bedrag van f 1000,—, benevens de vanwaardeverklaring van een, op grond van die vordering, op de zich in de woning van gedaagde bevindende roerende goederen gelegd conservatoir beslag. Een derde komt tusschenbeide, stelt dat hij eigenaar is van die goederen, omdat deze hem zijn verstrekt in eigendom tot zekerheid van een vordering op gedaagde, en verzet zich tegen de van waardeverklaring van het beslag. Van gedaagde vordert hij tevens afgifte van die goederen, omdat de gedaagde in gebreke is met rentebetaling, zoodat deze volgens de gemaakte overeenkomst tot afgifte der goederen verplicht is, terwijl hij van den eischer vordert dat deze de afgifte zal gehengen en gedoogen.

De gedaagde betwist tegenover den eischer dat deze eenige vordering op hem heeft, en stelt tegenover den intervenient dat diens geldvordering is tenietgegaan door compensatie, zoodat hij, gedaagde, wederom eigenaar is der goederen.

Verschillende vorderingen zijn thans aanhangig. In het geschil over de vordering tot vanwaardeverklaring van het beslag zijn zoowel de eischer, de gedaagde als de intervenient partij. De vordering van f 1000,— welke objectief was gecumuleerd met de vordering tot vanwaardeverklaring — heeft alleen betrekking op eischer en gedaagde; de intervenient staat hier geheel buiten. Omgekeerd gaat het geschil tusschen intervenient en gedaagde den eischer niet aan; en de uitslag van het geschil over den eigendom der goederen is voor den eischer van zeer groot belang, maar ook hiermede heeft hij rechtens niets te maken. De vordering tot gehengen en gedoogen der afgifte loopt wederom alleen tusschen intervenient en eischer.

Ieder kan nu slechts in appel komen van die zaak, of zaken, waarin hij partij is, en kan daarin slechts diengene betrekken, die daarin zijn tegenpartij was. Hetgeen hierna met betrekking tot de voeging ex art. 159 Rv. (§ 7) en de objectieve cumulatie (§ 9) zal worden opgemerkt zal ook hier gelden.

Zijn de vordering(en) van den eischer toegewezen, en de vordering(en) van den intervenient afgewezen, dan kunnen zoowel de intervenient als de gedaagde in appel komen. De tusschengekomen partij kan in beroep gaan zoowel van de hoofdzaak (d.w.z. voorzoover hij daarin is tusschen gekomen) als van zijn eigen vordering(en). Niet in appel kan hij komen van het vonnis in de hoofdzaak voorzoover hem dit niet betreft. In het genoemde geval was hij b.v. alleen partij in de hoofdzaak voorzoover betreft de vanwaardeverklaring, doch de geldvordering van eischer op gedaagde ging hem niet aan.

Indien ook de gedaagde zich bezwaard acht kan hij zijnerzijds incidenteel appelleeren voor wat betreft de vanwaardeverklaring: wil hij echter in appel komen van het vonnis, waarbij hij tot betaling van f 1000,— werd veroordeeld, dan kan hij dit niet doen bij wijze van incidenteel appel, doch alleen door principaal te appelleeren. Incidenteel appel is immers alleen mogelijk van een uitspraak, waarvan principaal is geappelleerd, en dit was ten aanzien van de vordering van f 1000,— niet het geval.

De gedaagde kan alleen in appel komen van de hoofdzaak. De vordering van den intervenient is immers afgewezen, zoodat hij daardoor niet is bezwaard.

Heeft de eischer de nederlaag geleden, en het standpunt van den intervenient gezegevierd, dan kunnen zoowel de eischer als de gedaagde in appel komen.

De eischer kan appelleeren zoowel van de hoofdzaak, waarbij zijn vordering tegen den gedaagde werd afgewezen, als van de toewijzing der vordering van den intervenient. Hij zal wel steeds in beide zaken tegelijk moeten appelleeren. Appel in de hoofdzaak heeft immers geen zin indien dit niet gecombineerd wordt met een appel van de uitspraak,

waarbij de intervenient b.v. eigenaar werd verklaard van een zaak, en afgifte aan dezen werd bevolen.

De gedaagde kan alleen appelleren indien hij door de toewijzing van intervenient's vordering is bezwaard, hetgeen lang niet altijd het geval behoeft te zijn. Door de beslissing in de hoofdzaak is hij niet benadeeld, zoodat van appel hierin geen sprake kan zijn.

Hebben zoowel de eischer als de intervenient ongelijk gekregen, dan kunnen zij beiden in appel gaan, de eischer alleen van de hoofdzaak, de intervenient van de uitspraak op zijn vordering.

Wij merkten hierboven op dat dit onderwerp in de praktijk blijkbaar tot geen moeilijkheden aanleiding geeft. Het is mogelijk dat men — bewust of onbewust — er van uitgaat dat de intervenient steeds partij is in de hoofdzaak. Wellicht ook beschouwt men de procedure als één geheel, zonder er zich rekenschap van te geven dat deze veelal gesplitst kan worden in verschillende onderdeelen.

Het is natuurlijk niet onze bedoeling dat de appellant steeds uitdrukkelijk zou moeten verklaren van welk geschil hij in appel komt. Dit zal wel steeds voldoende uit de appeldagvaarding en de memorie van grieven zijn op te maken, en gewoonlijk zal, al is het appel volgens de bewoordingen gericht tegen de „beslissing” van den rechter a quo, wel duidelijk genoeg blijken dat het in werkelijkheid is gericht tegen de „beslissingen” van den lageren rechter.

#### § 7. VERWIJZING EN VOEGING (ARTT. 158 EN 159 Rv.).

Van geheel anderen aard dan de voeging van art. 285 Rv. is die van art. 159 Rv. Daar voegt een *persoon* zich in een hangende zaak. Er is en blijft slechts één geschil, doch het aantal partijen wordt met één vermeerderd. Hier worden twee verschillende *zaken*, geschillen, hetzij tusschen dezelfde, hetzij tusschen andere partijen, in één geding vereenigd. De voeging van art. 285 zou men subjectief, die van art. 159 objectief kunnen noemen.

De vordering tot verwijzing of tot voeging geschiedt wederom bij incidenteele conclusie, en het vonnis, waarbij deze vordering wordt toe- of afgewezen, is een incidenteel vonnis. Omtrent de zelfstandigheid tusschen de incidenteele- en de hoofdvordering wordt verwezen naar § 3.

Thans luidt de vraag, welken invloed de verwijzing of de voeging heeft op den omvang van het appel. Vooropgesteld worde dat de processueele band, welke door de verwijzing en de voeging tusschen twee zaken gelegd wordt, haar zelfstandigheid onverlet laat. Het gevolg hiervan is dat het appel, ingesteld tegen de uitspraak in één der zaken, niet ook de andere zaak omvat; dat de appellant slechts diengene der in eerste instantie

procedeerenden mag en moet dagvaarden, die in de betreffende zaak partij was, en dat, wanneer slechts in één der zaken wordt geappelleerd, incidenteel appel in de andere zaak niet mogelijk is.

## § 8. HOOFDZAAK EN VRIJWARING.

### *a. Algemeene opmerkingen.*

De afdeeling, waarin de wet de vrijwaring regelt, behoort niet tot de duidelijkste van ons wetboek. Reeds in eerste instantie levert de vrijwaringsprocedure vele moeilijkheden op, welke zich in appel in nog sterkere mate doen gevoelen. Alleen een vaststelling van de verhouding, waarin de vrijwaringszaak staat tot de hoofdzaak, kan tot een juiste oplossing leiden wat betreft de kwestie, in hoeverre het appel zich in verschillende omstandigheden uitstrekt.

Indien de Rechtbank het verzoek, om iemand in vrijwaring op te roepen, bij incidenteel <sup>1)</sup> vonnis toewijst, is daarmee de zelfstandige incidenteele vordering afgedaan. Daarna wordt voortgeprocedeerd, zoo wel in de oorspronkelijke zaak als in de vrijwaring, zooals de wet uitdrukkelijk bepaalt (art. 68, 4de lid Rv.). De wet veronderstelt hier derhalve dat er twee afzonderlijke zaken hangende zijn, en nog sterker komt dit tot uiting in art. 73 Rv.: Indien de oorspronkelijke eisch en die ter vrijwaring tegelijk in staat van wijzen zijn zal daarop gezamenlijk recht worden gedaan, doch is dit het geval niet, dan wordt de hoofdzaak, wanneer de oorspronkelijke eischer of verweerder dit vordert, afzonderlijk beslist.

Kan op dit beginsel, dat er twee afzonderlijke zaken zijn, al inbreuk worden gemaakt ingeval van overneming van de zaak door den waarborg bij zakelijke vrijwaring (art. 70 Rv.), het beginsel wordt zeer zeker gehandhaafd ingeval van eenvoudige vrijwaring, en ook bij zakelijke vrijwaring, indien geen overneming door den waarborg heeft plaats gehad.

Wij zullen het vraagstuk betreffende den omvang van het appel voor de beide soorten van vrijwaring afzonderlijk onderzoeken.

### *b. Eenvoudige vrijwaring zonder dat voeging heeft plaats gehad.*

De hoofdzaak heeft uitsluitend betrekking op den oorspronkelijken eischer en verweerder, de vrijwaring uitsluitend op den eischer in de vrijwaring en den waarborg. Tusschen dezen laatste en diegene der oorspronkelijke partijen, welke hem niet in vrijwaring heeft opgeroepen,

---

<sup>1)</sup> Vgl. VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 68, aant. 10; STAR BUSMANN, nos. 327 en 382, en de annotatie van SCHOLTEN ad H.R. 15 Mei 1941, W. en N.J. 1942 no. 35, die betoogt dat de oude leer van den Hoogen Raad, als zoude beslissing over den oproep in vrijwaring praeparatoir zijn, na het genoemde arrest niet langer houdbaar is.

bestaat geen enkele rechtsbetrekking. Heeft de oorspronkelijke verweerder iemand in vrijwaring opgeroepen, dan kan de waarborg nimmer tot eenige prestatie aan den oorspronkelijken eischer veroordeeld worden.

Het feit, dat er tusschen de hoofdzaak en de vrijwaring een proces-sueele band bestaat, kan niet tengevolge hebben dat tusschen de partijen in de beide zaken een materieele rechtsbetrekking zou ontstaan. Beide zaken zijn en blijven volkomen zelfstandig, en onafhankelijk van elkaar, <sup>1)</sup> en de waarborg is geen partij in de hoofdzaak <sup>2)</sup>.

Ten aanzien van ons onderwerp heeft dit tengevolge dat ook in appel de zaken zelfstandig blijven, hetgeen meebrengt dat een partij in de hoofdzaak niet kan appelleren van het vonnis in de vrijwaring, waarbij zij geen partij was, <sup>3)</sup> of omgekeerd, <sup>4)</sup> doch ook, dat de geïntimeerde, al

<sup>1)</sup> Aldus ook H.R. 28 April 1899, W. 7273; Hof 's-Gravenhage 21 November 1919, W. 10615; Hof Amsterdam 23 April 1924, W. 11206.

<sup>2)</sup> Hof 's-Gravenhage 28 November 1930, N.J. 1931 blz. 365, cassatieberoep vernietigd door H.R. 12 November 1931, W. 12375 m.o. R.; N.J. 1932 blz. 104.

Volgens Hof 's-Gravenhage 29 December 1921, N.J. 1922 blz. 726 is in hooger beroep voeging nog mogelijk.

<sup>3)</sup> H.R. 17 December 1920, W. 10736 m.o. H. de J.; N.J. 1921 blz. 262; H.R. 26 Juni 1925, N.J. 1925 blz. 977, m.o.T. (voor cassatie); H.R. 15 Juni 1928, N.J. 1928 blz. 1346. De uitspraak van het Hof te 's-Hertogenbosch d.d. 29 Januari 1924, N.J. 1925 blz. 76, is hiermede niet in strijd, doch gaat integendeel van hetzelfde principe uit. De vordering van eischers tegen gedaagde was afgewezen, doch die tegen den gedaagde in de vrijwaring toegewezen. De eischer berust, doch de gedaagde in vrijwaring gaat in appel tegen den eischer in de vrijwaring, o.a. als grief aanvoerend dat de vordering wél tegen den gedaagde in de hoofdzaak, en derhalve niet tegen hem had moeten worden toegewezen. De geïntimeerde meent dat deze grief niet-ontvankelijk is, omdat het appel alleen gericht is op de vrijwaring, en de appellant niet in beroep is gekomen van het vonnis in de hoofdzaak.

Het Hof overweegt dat appellant zelfs niet had *kunnen* appelleren van de beslissing in de hoofdzaak, omdat hij daarbij geen partij was, doch oordeelt dat deze er niet de dupe van mag worden dat eischer heeft berust in de afwijzing zijner vordering tegen den gedaagde in de hoofdzaak. Het Hof legt aan appellant te bewijzen op dat de vordering van eischer tegen den gedaagde in de hoofdzaak had moeten worden toegewezen. Het Hof laat hiermede het vonnis, gewezen in de hoofdzaak, op zich zelf intact, doch gaat er blijkbaar van uit dat, indien wordt bewezen dat dit vonnis ten onrechte werd gewezen, daaruit volgt dat de vordering tegen den gedaagde in vrijwaring alsnog moet worden ontzegd.

Onjuist lijkt ons echter de opvatting van het Haagsche Hof, neergelegd in het arrest van 23 April 1917, W. 10169; N.J. 1917 blz. 1143. De appellant was in hooger beroep gekomen tegen het vonnis, gewezen in de hoofdzaak, doch had zoowel den gedaagde in de hoofdzaak als den gedaagde in de vrijwaringszaak in appel gedagvaard. De gedaagde in de hoofdzaak appelleert incidenteel van het vonnis in vrijwaring. Het Hof verklaarde dit incidenteel appel niet-ontvankelijk, omdat er geen principaal appel t.a.v. de vrijwaring was, doch oordeelde dat de geheele zaak in vollen omvang, d.w.z. zoowel de zaak ten principale als de vrijwaring, aan zijn oordeel was onderworpen, omdat appellant alle partijen, die in eerste instantie in het geding waren geweest, in hooger beroep had gedagvaard.

Deze uitspraak lijkt ons onjuist. De omvang van het appel moet niet beoordeeld worden naar het aantal partijen, dat is gedagvaard, doch omgekeerd zal als uitgangspunt moeten worden genomen welk deel van de procedure in het appel is betrokken, zoodat, indien alleen geappelleerd is van de hoofd-

was deze zoowel partij in de hoofdzaak als in de vrijwaring, niet incidenteel kan appelleren van de vrijwaringszaak, als principaal alleen geappelleerd is van de hoofdzaak, of omgekeerd. <sup>1)</sup>

Wij hebben betoogd dat, indien de gedaagde iemand in vrijwaring oproept, er tusschen den oorspronkelijken eischer en den waarborg geen enkele rechtsbetrekking bestaat, en de waarborg nimmer tot eenige prestatie aan den oorspronkelijken eischer kan worden veroordeeld. De waarborg heeft er wellicht het grootste belang bij dat de eisch tegen den oorspronkelijken verweerder wordt afgewezen, (immers dan vervallen ook alle aanspraken op hem), maar rechtstreeks invloed daarop uitoefenen kan hij niet. (Er worde aan herinnerd dat wij thans het geval behandelen van eenvoudige vrijwaring, en dat de waarborg zich niet heeft gevoegd). Berust de oorspronkelijke verweerder in een veroordeeling, dan kan de waarborg niets doen om deze ongedaan te maken. Indirect wordt hij door deze veroordeeling getroffen, en wellicht acht hij het vonnis onjuist, maar zelf kan hij tegen den oorspronkelijken eischer geen appel instellen omdat hij in de hoofdzaak geen partij is. Volgens het Nederlandsche recht komt aan een derde, die door een vonnis wordt benadeeld, doch daarbij geen partij is geweest, niet de bevoegdheid toe daartegen te appelleren. <sup>2)</sup>

De toepassing in de praktijk van dit stelsel geeft meestal een eenvoudige en tevens bevredigende oplossing, doch er kunnen zich somtijds ernstige moeilijkheden voordoen. Gaan wij verschillende mogelijke gevallen na.

I. De oorspronkelijke verweerder heeft iemand in vrijwaring opgeroepen.

A. De oorspronkelijke eisch tegen den oorspronkelijken verweerder is toegewezen; de vordering in vrijwaring is eveneens toegewezen.

1. Alleen de oorspronkelijke gedaagde komt in appel. Het appel heeft

zaak, het appel tegen den gedaagde in vrijwaring niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

<sup>1)</sup> Hof Amsterdam 28 November 1913, N.J. 1915 blz. 5; Rechtbank Groningen 9 Juli 1937, W. en N.J. 1938 no. 742.

<sup>2)</sup> Hof 's-Gravenhage 23 April 1917, W. 10169; N.J. 1917 blz. 1143; Hof 's-Hertogenbosch 18 Juni 1918, W. 10297; N.J. 1918 blz. 1039, bev. door H.R. 21 Maart 1919, W. 10439; N.J. 1919 blz. 495; Hof Arnhem 25 November 1924, N.J. 1925 blz. 457.

<sup>3)</sup> Het Romeinsche Recht kende aan ieder, die door een vonnis werd benadeeld, de bevoegdheid toe daartegen te appelleren, ook indien hij daarbij geen partij was geweest: *Alio condemnato, is cuius interest appellare potest* (Dig. Lib. XLIX, tit. 1, lex 4). Deze bevoegdheid werd grootendeels teniet gedaan door de Ordonnantie van 1667, welke het derden-verzet mogelijk maakte tegen uitspraken welke gezag van gewijsde hadden verkregen, doch ten aanzien van andere uitspraken bleef de bevoegdheid bestaan. Deze mogelijkheid werd door de invoering van den C. Pr.C. geheel afgeschaft: derden-verzet werd mogelijk gemaakt tegen alle uitspraken zonder onderscheid. (Vgl. DALLOZ R.L. i.v. Appel Civil nos. 431 en 432).

Het is de vraag of in casu derden-verzet door den waarborg tegen de uitspraak op de hoofdzaak mogelijk zou zijn, nu de waarborg geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid, zich in de hoofdzaak te voegen.

dan alleen betrekking op de hoofdzaak, en de vrijwaring is aan het oordeel van den appelrechter onttrokken. Zou echter de oorspronkelijke vordering in appel worden afgewezen, dan heeft dit tengevolge dat aan het, in kracht van gewijsde gegaan, vonnis in de vrijwaring elk gevolg wordt ontnomen. De gedaagde in de vrijwaring was immers slechts veroordeeld tot *vrijwaring* van de nadeclige gevolgen, welke een veroordeeling in de hoofdzaak voor den oorspronkelijken verweerder zouden doen ontstaan. Vervalt deze veroordeeling, dan heeft de veroordeeling tot vrijwaring geen effect meer.

De oorspronkelijke gedaagde was tevens partij in de vrijwaring, doch *hij* kan tegen het vonnis in de vrijwaring niet appelleren, omdat een dergelijk appel alle belang zou missen: ten opzichte van den waarborg heeft de gedaagde immers verkregen wat hij heeft gevraagd.

Dat de waarborg niet incidenteel kan appelleren behoeft geen betoog: niet alleen is de vrijwaring aan het oordeel van den appelrechter onttrokken, maar de waarborg is ook niet in het geding in hooger beroep.

2. Alleen de waarborg komt in hooger beroep. Het appel heeft alleen betrekking op de vrijwaring, en de hogere rechter mag alleen beoordeelen of de waarborg terecht tot vrijwaring is veroordeeld. Op de hoofdzaak kan zulks geen enkel effect hebben. De veroordeeling in de hoofdzaak blijft bestaan, onverschillig of de veroordeeling in de vrijwaring wordt gehandhaafd of niet.

De waarborg behoeft den oorspronkelijken eischer niet in het appel betrekken, en kan dit zelfs niet doen, omdat deze in de vrijwaring geen partij was.

Incidenteel appel van den oorspronkelijken verweerder tegen den eischer is uitgesloten, omdat er ten aanzien van de hoofdzaak geen principaal appel bestaat. De eischer is overigens niet in het geding.

3. Slechts wanneer én de gedaagde in de hoofdzaak, én de gedaagde in de vrijwaring beiden principaal appelleren zijn beide zaken (hoofdzaak en vrijwaring) aan het oordeel van den appelrechter onderworpen.

B. De hoofdvordering wordt toegewezen; de vordering in vrijwaring afgewezen.

De oorspronkelijke gedaagde, die partij was zoowel in de hoofdzaak als in de vrijwaring, heeft het in zijn macht van de hoofdzaak en van de vrijwaring beide te appelleren. Komt hij alleen van de hoofdzaak in hooger beroep, dan mag de appelrechter uitsluitend beoordeelen of de oorspronkelijke vordering al dan niet terecht is toegewezen, doch de vrijwaring is van de baan. Appelleert hij alleen van de vrijwaring, dan blijft de veroordeeling in de hoofdzaak bestaan, doch de appelrechter kan alleen onderzoeken of er gronden zijn voor de vrijwaring.

C. De hoofdvordering is afgewezen; dientengevolge is ook de vordering in de vrijwaring afgewezen.

De oorspronkelijke eischer appelleert. Deze kan alleen in appel komen

van de hoofdzaak, omdat hij alleen dáárin partij was. De vrijwaring interesseert hem trouwens ook niet.

De oorspronkelijke gedaagde kan thans in een netelige positie komen. Hij loopt de kans dat in hooger beroep de hoofdvordering wordt toegewezen. Indien hij blijft stilzitten, kan hij een eventueele veroordeeling in de hoofdzaak niet op den waarborg afwentelen. De vordering in vrijwaring is wellicht uitsluitend ontzegd omdat de hoofdvordering was afgewezen, maar zij is nu eenmaal ontzegd. Blijft dit vonnis — namelijk in de vrijwaring — van kracht, dan is een afwentelen van de nadeelige gevolgen van de veroordeeling in de hoofdzaak ten eenenmale uitgesloten. Het is dus voor hem van het grootste belang dat ook de vrijwaring in het appel wordt betrokken. Op welke wijze moet dit geschieden? Incidenteel appel is uitgesloten, want dit is alleen mogelijk in een zaak waarin principaal is geappelleerd, wat in casu — t.a.v. de vrijwaring — niet het geval is. Hij zal dus de vrijwaringszaak alleen door principaal te appelleren aan het oordeel van den appelrechter kunnen onderwerpen. Zou de oorspronkelijke eischer tot het laatste oogenblik wachten met het uitbrengen der appeldagvaarding, dan zou hij de rechten van den gedaagde jegens diens waarborg illusoir kunnen maken, doordat voor dezen de appeltermijn is verlopen. <sup>1)</sup>

Doch ook indien gedaagde de tijd wordt gelaten zijnerzijds in appel te gaan is de kwestie niet eenvoudig. Op welke wijze moet hij dit doen? Grieven kan hij tegen het vonnis niet aanvoeren, en een appel zonder grieven wordt steevast niet-ontvankelijk verklaard. <sup>2)</sup> In dit geval oordeelde het Hof te 's-Gravenhage, <sup>3)</sup> ondanks het niet aanvoeren van grieven, het appel ontvankelijk, omdat de oorspronkelijke gedaagde hooger beroep had ingesteld van het hem overigens volkomen bevredigende vonnis, teneinde te voorkomen dat het vonnis in de hoofdzaak zou worden vernietigd zonder dat ook tevens de positie van den waarborg tot oplossing zou komen, en hij slechts op deze wijze kon waken voor zijn belang, in prima in de beide gevoegde zaken voorgedragen.

Een eenvoudige oplossing zou wellicht deze zijn, dat de gewaarborgde

---

<sup>1)</sup> Eenzelfde onbevredigende consequentie als in het geval, wanneer in conventie en reconventie scheiding van tafel en bed of echtscheiding is uitgesproken, met toekenning van een uitkeering aan de vrouw, en de man op het laatste oogenblik in appel gaat, zoodat de vrouw geen gelegenheid meer heeft harerzijds te appelleren. De vordering van de vrouw moet dan, zonder nader onderzoek, niet-ontvankelijk worden verklaard (hetgeen tengevolge heeft dat ook de uitkeering vervalt), omdat de scheiding van tafel en bed reeds is uitgesproken, resp. het huwelijk reeds is ontbonden. Vgl. het opstel van schrijver dezes in het N.J.B. 1941 blz. 401 v.v. Verschil is er in zooverre, dat benadeeling ingeval van scheiding steeds plaats heeft, doch hier alleen indien het vonnis a quo wordt vernietigd. Bovendien bestaat hier wellicht de mogelijkheid dat de oorspronkelijke gedaagde zijn waarborg opnieuw in een afzonderlijk proces aanspreekt, tenzij men zou aannemen dat deze met vrucht een beroep zou kunnen doen op het gezag van gewijsde.

<sup>2)</sup> Zie hieronder blz. 93.

<sup>3)</sup> Hof 's-Gravenhage 28 April 1933, W. 12707.



in hooger beroep den waarborg opnieuw in vrijwaring oproept, doch dit lijkt ons wettelijk niet geoorloofd. In de eerste plaats gaat de wet er in de artt. 68 en 353 Rv. van uit dat oproeping in vrijwaring alleen in eerste instantie kan geschieden.<sup>1)</sup> Vervolgens zou de opnieuw in vrijwaring opgeroepene wellicht met vrucht een beroep op het gezag van gewijsde kunnen doen: de vordering in vrijwaring is reeds bij onherroepelijk vonnis afgewezen.

Het voorwaardelijk appelleren van het vonnis in de vrijwaring, — n.l. voor het geval dat het vonnis in de hoofdzaak zou worden vernietigd, en de hoofdvordering zou worden toegewezen — lijkt hier de juiste uitweg.<sup>2)</sup>

II. De oorspronkelijke eischer heeft iemand in vrijwaring geroepen.

D. De hoofdvordering is toegewezen; de vordering in vrijwaring is afgewezen.

De oorspronkelijke eischer zal er geen belang bij hebben in appel te gaan. Hij heeft immers verkregen wat hij wenschte te bereiken, en de vrijwaringsactie werd eerst ingesteld naar aanleiding van het door den gedaagde gevoerd verweer, en voor het geval de hoofdvordering zou worden afgewezen.

Gaat echter de gedaagde in appel, dan kan dit alleen de hoofdzaak betreffen. Het wordt dan voor den eischer zaak er zorg voor te dragen dat ook de vrijwaring in het appel wordt betrokken, omdat het mogelijk is dat het vonnis in de hoofdzaak vernietigd wordt. Dit kan alleen bereikt worden door middel van een principaal (voorwaardelijk) appel, hetwelk moet worden ingesteld binnen drie maanden nadat het vonnis is gewezen.

E. De hoofdvordering wordt afgewezen; de vordering in vrijwaring wordt toegewezen.

Thans is het mogelijk dat de eischer er wél belang bij heeft in appel te gaan. Indien de hoofdvordering b.v. betrof de verklaring dat eischer eigenaar is van een onroerende of roerende zaak, terwijl de vordering in vrijwaring slechts strekte tot schadevergoeding bij afwijzing der hoofdvordering, stelt de eischer allicht meer prijs op toewijzing der hoofdvordering dan dat hem een bedrag in geld wordt toegekend. Ook andere omstandigheden kunnen er toe leiden dat de eischer met het vonnis niet tevreden is.

Zou de eischer aanvankelijk bereid zijn zich met de toewijzing der vrijwaring tevreden te stellen, doch appelleert de gedaagde in de vrij-

<sup>1)</sup> Aldus ook FAURE V blz. 174; STAR BUSMANN no. 327; VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 68, aant. 6, en ad art. 353, aant. 1; Hof 's-Gravenhage 9 November 1923, W. 11189; id. 8 October 1936, W. en N.J. 1937 no. 228; H.R. 18 Maart 1898, W. 7103.

<sup>2)</sup> Vgl. over deze kwestie de uitvoerige annotatie van TAVERNE in N.J. 1925 blz. 984, die wetswijziging voorstaat.

waring, dan moet ook de eischer zijnerzijds van de beslissing op de hoofdzaak in appel gaan, en wel principaal, wil hij niet het risico loopen al zijn rechten te verliezen. Immers, indien de appelrechter het vonnis in de vrijwaring zou vernietigen, en de hoofdzaak is niet in het appel betrokken, dan is de beslissing op de hoofdzaak in kracht van gewijsde gegaan, en moet deze in stand blijven, <sup>1)</sup> ook al zou de appelrechter van oordeel zijn dat de hoofdvordering had moeten worden toegewezen.

Door met het uitbrengen der appeldagvaarding tot het laatste oogenblik te wachten kan wederom de gedaagde in vrijwaring het den oorspronkelijken eischer onmogelijk maken zijnerzijds van de hoofdzaak te appelleeren, zoodat deze de kans loopt dat zijn beide vorderingen (de hoofdzaak in eerste instantie, en de vrijwaring in appel) worden afgewezen.

Omgekeerd is het niet uitgesloten dat den eischer zijn vordering twee maal wordt toegewezen. Indien zijn vordering tegen den gedaagde in de hoofdzaak is afgewezen, maar toegewezen tegen den door eischer opgeroepen waarborg, en de eischer appelleert alleen van de beslissing op de hoofdzaak, dan is het mogelijk dat de appelrechter, anders oordeelende dan de eerste rechter, de vordering tegen den gedaagde in de hoofdzaak toewijst, hoewel de waarborg bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis reeds is veroordeeld, wellicht tot dezelfde prestatie.

Toen op dezen grond de niet-ontvankelijkheid van het appel van de hoofdzaak, door den eischer ingesteld, werd ingeroepen, oordeelde het Amsterdamsche Hof het appel ontvankelijk, omdat de waarborg slechts „tot vrijwaring, en mitsdien tot betaling daarom” was veroordeeld, en dus, bij vernietiging van het vonnis in de hoofdzaak, en veroordeeling van den oorspronkelijken gedaagde, de grond, waarop de betalingsplicht van den in vrijwaring opgeroepene berustte, vanzelf kwam te vervallen. <sup>2)</sup>

F. Zoowel de hoofdvordering als de vordering in vrijwaring worden afgewezen.

De eischer heeft dan de keuze in appel te gaan van de hoofdvordering en de vrijwaring beide, alleen van de hoofdzaak of alleen van de vrijwaringszaak.

*c. Eenvoudige vrijwaring, terwijl de waarborg zich heeft gevoegd.*

Vooropgesteld dient te worden dat, ook indien de waarborg zich heeft gevoegd, er twee afzonderlijke zaken aanhangig zijn, de hoofdzaak en de vrijwaring. <sup>3)</sup> Voor den omvang van het appel heeft dit tengevolge dat, wanneer alleen geappelleerd is van de hoofdzaak, de vrijwaring niet

<sup>1)</sup> H.R. 21 Maart 1919, W. 10439; N.J. 1919 blz. 496.

<sup>2)</sup> Hof Amsterdam 4 Januari 1927, W. 11690; in denzelfden zin Hof Leeuwarden 2 Jan. 1935, N.J. 1935 blz. 1637.

<sup>3)</sup> Aldus ook H.R. 18 Mei 1923, W. 11094 m.o. S.B.; STAR BUSMANN no. 333; VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 72, aant. 1.

aan het oordeel van den appelrechter is onderworpen, en omgekeerd, en dat degene, die alleen partij was in de hoofdzaak, niet kan appelleren van de vrijwaringszaak. In zooverre is er dus niet het minste verschil met het geval, dat geen voeging heeft plaats gevonden. Alleen ten aanzien van de personen, die in appel kunnen komen, of die in het appel kunnen worden betrokken, doet zich een wijziging voor, doordat de gedaagde in de vrijwaring zich als partij in de hoofdzaak heeft gevoegd. Deze voeging staat geheel op één lijn met de voeging van art. 285 Rv., zoodat wij met betrekking tot ons onderwerp meenen te kunnen verwijzen naar paragraaf 6 van dit hoofdstuk.

*d. Zakelijke vrijwaring; de waarborg heeft de zaak overgenomen; de gewaarborgde is buiten proces gesteld.*

Indien de waarborg de zaak van den gewaarborgde heeft overgenomen, en de laatste is buiten proces gesteld, zijn er niet twee zaken aanhangig — hoofdzaak en vrijwaring —, doch slechts één zaak, namelijk de oorspronkelijk ingestelde vordering.<sup>1)</sup> Alleen heeft de oorspronkelijke eischer een anderen tegenstander gekregen, te weten den waarborg, dengene, dien de zaak feitelijk aangaat. Een ingesteld appel kan dan ook alleen betrekking hebben op de oorspronkelijke vordering, en het zijn alleen de procespartijen — de oorspronkelijke eischer en de waarborg — die het appel kunnen instellen. De gewaarborgde, de oorspronkelijke gedaagde, is geen partij meer in het proces, en kan dus ook niet appelleren. (Wij gaan hier uit van het normale geval, dat de gedaagde iemand in vrijwaring heeft opgeroepen).

*e. Zakelijke vrijwaring; de waarborg heeft de zaak overgenomen; de gewaarborgde is in het proces gebleven.*

De wet stelt het in art. 70 Rv. blijkbaar als normaal voor, dat, wanneer de waarborg de zaak overneemt, de gewaarborgde vordert buiten het proces te worden gesteld. In de praktijk komt dit echter weinig voor.<sup>2)</sup> Dit lijkt ons zeer natuurlijk: niet zoozeer omdat de buiten processtelling van te weinig belang is om daarvoor een vonnis uit te lokken,<sup>3)</sup> maar vooral omdat deze er wel steeds belang bij zal hebben in het proces te blijven. Het doel van de oproeping in vrijwaring is hier toch tweeledig: een sterkere verdediging trachten te verkrijgen tegen de ingestelde vordering, tot welker bestrijding veelal de waarborg beter in staat is dan de gewaarborgde, maar ook, en wel primair, om te worden schadeloos gesteld voor de nadeelige gevolgen, welke de toewijzing der vordering voor

<sup>1)</sup> Men vergelijke echter de meening van MOREL (pag. 419—420), volgens wien de gevrijwaarde alleen buiten de *hoofdzaak* wordt gesteld, doch partij blijft in de vrijwaring.

<sup>2)</sup> Vgl. VAN ROSSEM-CLEVERINGA art. 71, aant. 2; STAR BUSMANN no. 330.

<sup>3)</sup> Aldus VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 71, aant. 2.

den gewaarborgde kan hebben, om tegen deze nadeelige gevolgen te worden *ge vrijwaard*. En een veroordeeling van den waarborg tot betaling van schadevergoeding aan den gewaarborgde is niet mogelijk indien deze laatste zich buiten het proces laat stellen. <sup>1)</sup>

In dit geval zijn er dus wederom twee zaken: de hoofdzaak en de vrijwaring. Het is mogelijk dat beide zaken, maar ook, dat alleen de hoofdzaak of alleen de vrijwaring in het appel worden betrokken.

De oorspronkelijke eischer kan (aangenomen dat de gedaagde de oproeping in vrijwaring heeft gedaan) alleen van de hoofdzaak appelleeren. Hij zal hiertoe in elk geval den waarborg moeten dagvaarden, omdat deze zijn eigenlijke procespartij is geworden door het overnemen der zaak.

De rol van den gewaarborgde is niet zeer duidelijk. Aan den gewaarborgde wordt in art. 70 Rv., tweede lid aanvang, de bevoegdheid gegeven in het proces te blijven tot bewaring van zijn recht, hetgeen er op zou kunnen wijzen dat hij alleen als eischer in de vrijwaringszaak in het proces zou blijven. Uit het eerste lid van art. 70 en het slot van het tweede lid, benevens uit het vierde lid van art. 71 valt echter op te maken dat hij ook in de hoofdzaak partij blijft. STAR BUSMANN <sup>2)</sup> noemt hem *gevoegde partij*; inderdaad zou zijn positie hier wellicht het beste mede kunnen worden vergeleken.

Aangenomen dat de gewaarborgde ook in het hoofdgeding partij blijft, dan zal hij mede in de appelprocedure moeten worden opgeroepen.

De waarborg is partij in de hoofdzaak en de vrijwaring beide. Hij kan derhalve zoowel van de hoofdzaak als van de vrijwaring in hooger beroep komen. Appelleert hij van de hoofdzaak, dan zal hij, behalve zijn eigenlijke tegenpartij, ook wederom den gewaarborgde daarin moeten betrekken. Bij appel van de vrijwaring kan hij alleen den gewaarborgde dagvaarden.

Gaat de waarborg alleen van de hoofdzaak in appel, dan zal, indien hij succes heeft, ook de beslissing in de vrijwaring, waarbij hij tot schadevergoeding werd veroordeeld, krachteloos worden. Deze veroordeeling werd immers alleen uitgesproken *tot vrijwaring* van de nadeelige gevolgen, welke het vonnis in de hoofdzaak voor den gewaarborgde teweegbracht, doch wanneer dit komt te vervallen heeft ook de vrijwaring geen zin meer. <sup>3)</sup> Niettemin zal de waarborg er goed aan doen ook van het vonnis in de vrijwaring te appelleeren, teneinde te voorkomen dat hem een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, waarbij hij tot schadevergoeding werd veroordeeld, wordt tegengeworpen.

Ook de gewaarborgde, de oorspronkelijke gedaagde, was partij <sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> Vgl. echter noot 1 blz. 61.

<sup>2)</sup> STAR BUSMANN no. 330.

<sup>3)</sup> Vgl. Hof Amsterdam 4 Januari 1927, W. 11690, hierboven reeds aangehaald.

<sup>4)</sup> STAR BUSMANN noemt hem *gevoegde partij* in de hoofdzaak (no. 330). Ook de *gevoegde partij* echter kan in appel komen. Zie § 5.

in de beide zaken, en kan dus van beide zaken of van een van beide in appel komen. Gaat hij van de hoofdzaak in beroep, dan zal hij, behalve den eischer, ook den waarborg, de eigenlijke procespartij, in het appel moeten betrekken. In de praktijk zal het echter wel niet voorkomen dat de gewaarborgde, die door het vonnis in de vrijwaring is schadeloos gesteld, in appel komt van het vonnis in de hoofdzaak, indien de waarborg zelf daarin berust.

*f. Zakelijke vrijwaring; de waarborg heeft de zaak niet overgenomen.*

Ook thans zijn er twee zaken aanhangig: de hoofdzaak en de vrijwaring; van beide, of van ieder afzonderlijk, kan dus worden geappelleerd.

De vraag is, welke personen in iedere zaak partij zijn. In de vrijwaring zijn alleen de waarborg en de gewaarborgde partij. In de hoofdzaak zijn in ieder geval de eischer en de gedaagde partij. In welke betrekking staat echter de waarborg tot de hoofdzaak? Hij heeft de zaak niet overgenomen, en is dus in geen geval hoofdpartij. Kan hij zich in de hoofdzaak voegen? De wet spreekt er niet van, doch sluit het ook niet uit. Volgens een strikte wetsinterpretatie zou men kunnen verdedigen dat, wanneer de waarborg zich wil voegen in de hoofdzaak, hij dit bij incidenteele conclusie moet vorderen, omdat het uitdrukkelijke recht, dit zonder meer te doen, alleen in geval van eenvoudige vrijwaring is gegeven. Het lijkt ons echter juist aan te nemen dat dit recht ook bij zakelijke vrijwaring aan den waarborg toekomt. Het kan toch niet in de bedoeling van den wetgever hebben gelegen dat een recht, hetwelk wél ingeval van eenvoudige vrijwaring is toegekend, wordt ontzegd bij zakelijke vrijwaring, wanneer de waarborg zelfs een veel verder strekkend recht kan uitoefenen. Ook de redactie van art. 72 Rv. („zal de waarborg zich *slechts* mogen voegen . . .”) zou als argument voor deze opvatting kunnen worden aangehaald.

Van den anderen kant lijkt het ons ook weer niet juist aan te nemen, dat de waarborg *altijd* gevoegde partij in de hoofdzaak is, welke opvatting STAR BUSMANN schijnt te huldigen <sup>1)</sup>. Indien de waarborg niet uitdrukkelijk heeft verklaard dat hij zich in de hoofdzaak voegt kan zulks nog wel uit zijn houding worden opgemaakt, maar wanneer hij zich over de hoofdzaak in het geheel niet uitlaat, is er geen enkele reden hem als gevoegde partij daarin te beschouwen.

Heeft de waarborg zich niet gevoegd, dan is hij geen partij in de hoofdzaak, en kan hij daarvan dan niet in appel komen, of in het appel worden betrokken. Voor het geval hij zich wél heeft gevoegd wordt verwezen naar hetgeen hierboven t.a.v. de voeging bij eenvoudige vrijwaring is opgemerkt.

---

<sup>1)</sup> STAR BUSMANN no. 330.

## § 9. OBJECTIEVE CUMULATIE.

De vraag, welken invloed de subjectieve cumulatie heeft op den omvang van het appel, is herhaaldelijk behandeld in de jurisprudentie (vgl. § 5). De invloed der objectieve cumulatie op den omvang van het appel schijnt in de praktijk tot minder moeilijkheden aanleiding te geven; ons is althans geen enkele rechterlijke uitspraak hieromtrent bekend.

Consequent redeneerende moet men tot de volgende conclusie komen: wanneer een eischer tegen een gedaagde bij één dagvaarding twee verschillende en onafhankelijke vorderingen instelt doet hij dit alleen op grond van practische overwegingen, in de eerste plaats ter besparing van kosten, maar de vorderingen blijven hun zelfstandigheid volkomen bewaren. De rechter oordeelt over twee verschillende vorderingen, geeft dus ook twee onafhankelijke beslissingen, al worden deze vorderingen tegelijkertijd berecht, en al worden de beslissingen tezamen in één vonnis neergelegd. Wanneer derhalve bij één dagvaarding is gevorderd *f* 500,— wegens verbruikleening en *f* 600,— wegens koop en verkoop, en de leenvordering wordt toegewezen, doch de koopvordering afgewezen, dan zal de appelrechter, indien de eischer wegens de afwijzing der koopsom appelleert, ook slechts kennis mogen nemen van de zaak, voorzover het de koopsom betreft, doch van een oordeel omtrent de leenvordering moet hij zich onthouden.

Een tweede consequentie is dat, indien de eischer appelleert voorzover de afwijzing der koopsom betreft, de geintimeerde niet incidenteel kan appelleeren van de toewijzing der leenvordering.

Zal de eerste conclusie zonder tegenspraak worden aanvaard, de tweede zou men kunnen betwisten door aan te voeren, dat de oorspronkelijke eischer heeft geappelleerd tegen het *vonnis*, tusschen partijen gegeven, al heeft hij zijn beroep ook beperkt tot de vordering uit de koopovereenkomst, en dat art. 339 Rv. bepaalt dat, wanneer tegen een vonnis principaal wordt geappelleerd, de geintimeerde zijnerzijds incidenteel kan appelleeren van dat vonnis, zonder dat hem in dat artikel eenigerlei beperking wordt opgelegd.

Wij zouden hiertegen willen opwerpen dat de uitspraak van den lageren rechter zich uiterlijk weliswaar als één vonnis voordoet, doch in werkelijkheid twee vonnissen inhoudt, over twee zelfstandige vorderingen. De eischer heeft slechts appel ingesteld tegen één van deze zelfstandige vonnissen, zoodat het andere vonnis niet in het appel is betrokken, en daartegen dus geen incidenteel appel openstaat.

Art. 339 spreekt weliswaar van *het* vonnis, doch dit artikel gaat kennelijk uit van het normale geval, dat een vonnis een beslissing geeft over slechts één vordering; aan cumulatie van vorderingen heeft de wetgever blijkbaar niet gedacht, noch in art. 339 Rv., noch elders.

De oorspronkelijke gedaagde wordt hierdoor ook geenszins in zijn be-

langen geschaad. Een der beide vorderingen was integraal tegen hem toegewezen. Voelde hij zich hierdoor bezwaard, dan had hij zelf in appel kunnen komen, doch er was geen enkele reden voor hem om af te wachten of de eischer misschien in appel zou gaan van de afgewezen vordering.

Dat de Hooge Raad, indien hij over deze kwestie moest oordeelen, waarschijnlijk van ditzelfde standpunt zou uitgaan, kan wellicht worden afgeleid uit de op blz. 43 en 30 aangehaalde arresten van 1937 en 1938, waarin wordt uitgegaan van de volkomen zelfstandigheid der verschillende subjectief gecumuleerde vorderingen, en wat dit betreft bestaat er tusschen subjectieve en objectieve cumulatie geen verschil. In beide gevallen worden meerdere vorderingen bij één dagvaarding aanhangig gemaakt. Het verschil bestaat alleen hierin, dat bij de subjectieve cumulatie de verschillende vorderingen door meerdere eischers of tegen meerdere gedaagden worden aanhangig gemaakt doch bij de objectieve cumulatie door één eischer tegen één gedaagde.

Voorts kan een beroep worden gedaan op de opvatting van den Hoogen Raad betreffende de zelfstandigheid van de conventionele en de reconventionele vordering, en de consequentie hiervan met betrekking tot het appel (vergelijk § 2 hierboven).

Een aanwijzing hiervoor is misschien tevens de vaste jurisprudentie dat, wanneer in een overigens interlocutoir vonnis omtrent eenig deel van het gevorderde in het dictum uitdrukkelijk een einde is gemaakt, hooger beroep daarvan alleen binnen drie maanden na dat vonnis kan worden ingesteld,<sup>1)</sup> terwijl overigens tegen een interlocutoir vonnis en alle daarin vervatte beslissingen nog in beroep kan worden gekomen tegelijk met het appel tegen het eindvonnis.

Indien meerdere vorderingen zijn gecumuleerd welke zoodanig met elkaar in verband staan dat de eene afhankelijk is van de andere, zal in het algemeen het bovenstaande toepasselijk zijn. Wanneer b.v. de ontbinding eener overeenkomst is gevraagd wegens wanprestatie, met schadevergoeding, geleden of nog te lijden door die ontbinding en wanprestatie, zal de vordering tot schadevergoeding alleen kunnen worden toegewezen indien de ontbinding wordt uitgesproken, doch er zijn niettemin twee zelfstandige vorderingen ingesteld. De afhankelijkheid der eene van de andere vordering zal echter zijn invloed doen gelden.

Indien beide vorderingen worden toegewezen zal het appel gewoonlijk zoowel de ontbinding als de schadevergoeding betreffen. Het in appel afwijzen der gevraagde ontbinding zal noodzakelijkerwijze ook de vordering tot schadevergoeding treffen. Het is echter mogelijk te berusten

---

<sup>1)</sup> o.a. uitdrukkelijk in H.R. 12 Maart 1931, W. 12346; N.J. 1931 blz. 872, en H.R. 10 December 1942, W. en N.J. 1943 no. 44. Vgl. § 11 onder b.

in de uitgesproken ontbinding, en alleen in beroep te komen van de schadevergoeding.

Zijn beide vorderingen afgewezen, dan zal wederom het appel gewoonlijk beide vorderingen betreffen. Appel alleen van de afwijzing der schadevergoeding is niet mogelijk: als het vonnis, waarbij de gevraagde ontbinding werd afgewezen, in stand blijft, kan immers van toewijzing van schadevergoeding geen sprake zijn. Wel kan de eischer berusten in de afwijzing der schadevergoeding, en alleen van de afgewezen ontbinding in appel komen.

Is de ontbinding toegewezen, de schadevergoeding afgewezen, dan kunnen beide partijen in appel komen voorzover zij in het ongelijk zijn gesteld. Beiden zullen echter alleen principaal kunnen appelleren: is alleen van de eene vordering geappelleerd, dan is incidenteel appel tegen de andere vordering niet mogelijk.

Men onderscheide dit geval overigens wel van dat, waarbij primair ontbinding, en subsidiair schadevergoeding wegens wanprestatie is gevraagd. Er heeft dan geen objectieve cumulatie plaats gehad, doch er zijn twee alternatieve vorderingen ingesteld, over welk onderwerp de volgende paragraaf zal handelen.

Omtrent diverse bijvorderingen, zooals uitvoerbaarheid bij voorraad of bij lijfswang, betaling van wettelijke renten, veroordeeling in de proceskosten, verbeurte van een dwangsom bij niet voldoen aan het vonnis, zie men hierna, § 13c blz. 145 v.v. en 149).

#### § 10. ALTERNATIEVE VORDERINGEN.

Eenzelfde feit of complex van feiten kan soms tot grondslag strekken voor meerdere rechtsvorderingen. Zoo kan men, indien de partij, waarmee is gecontracteerd, wanprestatie heeft gepleegd, vorderen: 1. nakoming der overeenkomst; 2. ontbinding der overeenkomst; 3. schadevergoeding. Een combinatie hiervan is ook mogelijk; de eischer kan b.v. vorderen nakoming van de overeenkomst en tevens schadevergoeding, of ontbinding en schadevergoeding. Er heeft dan objectieve cumulatie plaats. Er kan echter niet geëischt worden nakoming der geheele overeenkomst en tevens ontbinding daarvan, omdat deze vorderingen elkaar uitsluiten.

Teneinde zooveel mogelijk kans te hebben tot een hem bevredigend resultaat te komen kan de eischer niettemin deze beide vorderingen instellen, doch alternatief, de tweede voor het geval de eerste niet zal worden toegewezen.

Welke gevolgen heeft dit voor den omvang van het appel? Moet hier geoordeeld worden als bij conventie en reconventie, en bij cumulatie van vorderingen? Het antwoord zal in de eerste plaats hiervan afhangen, of men de vorderingen beschouwt als volkomen zelfstandig, dan wel afhankelijk van elkaar.



Naar onze meening moet hier worden onderscheiden: de primaire vordering moet als een zelfstandige worden beschouwd, de subsidiaire als een afhankelijke. De al dan niet toewijzing van de primaire vordering moet immers geheel op zichzelf beoordeeld worden. De opvatting omtrent de subsidiaire vordering kan daarop geen invloed hebben. De subsidiaire vordering daarentegen is afhankelijk van het lot van de primaire. Wordt de primaire vordering toegewezen, dan komt de subsidiaire niet meer in behandeling. Een beoordeeling van deze komt pas aan de orde wanneer de eerste wordt afgewezen.

Hieruit kunnen de beide volgende stellingen worden opgebouwd:

1. *Indien alleen geappelleerd is van de subsidiaire vordering mag de appelrechter niet in een beoordeeling treden van de beslissing omtrent de primaire vordering.*
2. *Indien principaal alleen geappelleerd is van de subsidiaire vordering kan niet incidenteel van de beslissing omtrent de primaire vordering worden geappelleerd.*

Dit behoeft omgekeerd nog volstrekt niet tot de conclusie te voeren, dat appel omtrent de primaire vordering steeds ook een beoordeeling van de subsidiaire vordering tengevolge moet hebben. Wanneer noch de eischer, noch de gedaagde in hooger beroep zijn gekomen van de beslissing omtrent de subsidiaire vordering wil dat zeggen dat beide partijen daarin hebben berust. In het algemeen kan men derhalve vooropstellen, dat de appelrechter zich in dat geval van een nieuwe behandeling moet onthouden, doch om te voorkomen dat zulks tot misverstand zal leiden dient hier te worden onderscheiden:

Is in eerste instantie de primaire vordering toegewezen, dan wordt de subsidiaire vordering niet onderzocht. Gaat de gedaagde in appel, dan zal, wanneer de uitspraak omtrent de toewijzing bevestigd wordt, ook de appelrechter zich uiteraard van een oordeel omtrent de subsidiaire vordering onthouden. Wijst de appelrechter de primaire vordering echter af, dan zal hij zich niet neer kunnen leggen bij de uitspraak van den eersten rechter, dat over de subsidiaire vordering geen beslissing behoeft te worden gegeven, doch dan zal hij zelfstandig deze subsidiaire vordering moeten onderzoeken. Weliswaar is de subsidiaire vordering niet uitdrukkelijk door den eischer in het appel betrokken (appel instellen behoeft hij niet en kon hij ook niet, omdat hem werd toegewezen wat hem werd gevraagd), doch op grond hiervan kan de appelrechter zich niet van een beslissing onthouden. Het behoort tot de eerste beginselen van ons procesrecht dat de rechter een beslissing geeft over de vordering, welke door den eischer is ingesteld. De eischer heeft geëischt dat, indien het primaire zou worden afgewezen, het subsidiaire zou worden toegerekend. Door den appelrechter wordt het primaire afgewezen, zoodat daarna de subsidiaire vordering moet worden onderzocht.

Door wien dit dient te geschieden is een vraag van secundair belang.

Men zou het standpunt kunnen verdedigen dat de appelrechter de zaak moet terugwijzen naar den eersten rechter, omdat eischer anders een instantie verliest, doch dan komt men in strijd met den aard van het hooger beroep zooals de wet dit regelt. <sup>1)</sup> Derhalve moet de appelrechter zelf een onderzoek naar de subsidiaire vordering instellen.

Is in eerste instantie zoowel de primaire als de subsidiaire vordering afgewezen, en gaat de eischer slechts van één dezer in appel, dan geeft hij hiermede te kennen in de andere beslissing te berusten, zoodat deze aan het oordeel van den appelrechter onttrokken blijft.

Is in eerste instantie de primaire vordering afgewezen, doch de subsidiaire toegewezen, en komt alleen de eischer in appel van de afwijzing der primaire vordering, dan zal nogmaals moeten worden onderscheiden. Nog steeds kan echter voorop worden gesteld dat de appelrechter niet in een beoordeeling mag treden van de subsidiaire vordering, omdat in de beslissing daarover is berust. Bevestigt hij de afwijzende uitspraak omtrent de primaire vordering, dan zal hij ook de toewijzing van de subsidiaire vordering moeten bevestigen, zelfs indien hij het daarmede niet eens is. Oordeelt echter de appelrechter dat de primaire vordering moet worden toegewezen, dan moet hij ook het vonnis vernietigen voor zoover daarbij de subsidiaire was toegewezen. Hij treedt niet in een beoordeeling van de uitspraak omtrent de subsidiaire vordering, doch de vernietiging daarvan ligt in den aard van het gevorderde: toewijzing van het tweede alléén indien het eerste zou worden afgewezen.

Zulks is echter alleen mogelijk indien men van het standpunt uitgaat, dat de subsidiaire vordering niet volkomen zelfstandig is, doch afhankelijk van het lot der primaire. Neemt men aan dat ook de subsidiaire vordering zelfstandig is, dan kan zulks tot absurde resultaten leiden, b.v. dat een overeenkomst door een onherroepelijke uitspraak van de Rechtbank zou zijn ontbonden, terwijl bij een andere onherroepelijke uitspraak — van het Hof — de gedaagde tot nakoming zou worden verplicht.

Het bovenstaande kan in de volgende stellingen worden neergelegd:

3. *Indien alleen is geappelleerd van de primaire vordering mag de appelrechter niet in eene beoordeeling treden van de beslissing omtrent de subsidiaire vordering, met dien verstande dat, bij vernietiging van een toewijzende beslissing der primaire vordering, hij zelfstandig de subsidiaire vordering moet onderzoeken, en dat vernietiging van een afwijzende beslissing der primaire vordering ipso facto vernietiging der toewijzende beslissing der subsidiaire vordering meebrengt.*

Tenslotte de kwestie, of incidenteel kan worden geappelleerd van de subsidiaire vordering, indien principaal is geappelleerd van de beslissing omtrent de primaire vordering. Wij meenen deze vraag bevestigend te

<sup>1)</sup> Vgl. H.R. 22 November 1928, W. 11925; N.J. 1929 blz. 147 m.o. P.S., hierna te bespreken onder § 17.

moeten beantwoorden. In het tegenovergestelde geval kwamen wij tot een omgekeerde conclusie enkel en alleen op grond van het feit, dat de primaire vordering volkomen zelfstandig is. Deze reden geldt hier niet. En waar hier geen dwingende reden is om tot niet-ontvankelijkheid te concluderen meenen wij, nu de letter van artikel 339 Rv. geen beletsel vormt, gerechtigd te zijn tot de stelling:

4. *Indien principaal geappelleerd is van de beslissing omtrent de primaire vordering kan incidenteel geappelleerd worden van de beslissing omtrent de subsidiaire vordering.*

De vraag, welken invloed het instellen van alternatieve vorderingen heeft op den omvang van het appel, is in de jurisprudentie slechts sporadisch behandeld. Ons zijn slechts enkele uitspraken hierover bekend.

De beide eerste stellingen vinden steun in een arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage: <sup>1)</sup> Een erfgenaam vordert op grond van dezelfde feiten primair verklaring, dat een testament valsch is, en subsidiair de nietigverklaring van het testament. De Rechtbank verklaart bij hetzelfde vonnis de primaire vordering niet ontvankelijk, en legt ten aanzien van de subsidiaire vordering getuigenbewijs op, waarna omtrent deze subsidiaire vordering een tweede en een derde interlocutoir wordt gegeven. Tegen het laatste interlocutoir komt gedaagde in hooger beroep. De oorspronkelijke eischer stelt incidenteel appel in tegen het eerste vonnis voorzover dit betrof de primaire vordering. Het Hof verklaarde dit incidenteel beroep niet ontvankelijk omdat het eerste vonnis, wat betrof de primaire vordering, een eindvonnis was, en dus in zooverre drie maanden nadat het was gegeven in kracht van gewijsde was gegaan.

Tot deze beslissing kon het Hof alleen komen door er van uit te gaan dat de primaire vordering als een volkomen zelfstandige vordering moet worden beschouwd. <sup>2)</sup>

De eerste stelling vindt bovendien steun in een arrest van het Hof te Arnhem. <sup>3)</sup>

De tweede stelling werd echter verworpen door een arrest van den Hoogen Raad van 1849, <sup>4)</sup> waarbij er van werd uitgegaan dat bij appel

<sup>1)</sup> Hof 's-Gravenhage 17 November 1921, W. 10917; N.J. 1922 blz. 446.

<sup>2)</sup> Hierbij dient echter te worden verwezen naar het arrest H.R. 10 December 1942, W. en N.J. 1943 no. 44, aangehaald onder § 11 onder b. De Rechtbank had bij vonnis van 2 November 1937 de primaire vordering ontzegd, en t.a.v. de subsidiaire vordering een verschijning van partijen gelast. Bij vonnis van 6 Juni 1939 werd de subsidiaire vordering ontzegd. De eischer appelleerde tegen deze beide vonnissen, doch het Hof verklaarde het appel tegen het vonnis van 2 November 1937 niet-ontvankelijk. De H.R. verwierp het cassatiemiddel, omdat dit vonnis een einde heeft gemaakt aan het geding omtrent een gedeelte van het gevorderde, en in zooverre dus als eindvonnis heeft te gelden (vgl. hierover § 11 onder b), daarbij overwegende dat het geen beteekenis heeft of de primaire en de subsidiaire vordering al of niet onafhankelijk naast elkaar stonden.

<sup>3)</sup> Hof Arnhem, 13 Juni 1934, W. 12840; N.J. 1935 blz. 193.

<sup>4)</sup> H.R. 26 October 1849, W. no. 1068.

van de subsidiaire vordering incidenteel appel van de primaire vordering mogelijk is.

De derde stelling vindt bevestiging in een arrest van den Hoogen Raad.<sup>1)</sup> In een procedure, waarbij door eischer Krol een primaire, subsidiaire en „allersubsidiairste” vordering was ingesteld, ontzegde de Rechtbank de primaire en subsidiaire, doch wees zij de allersubsidiairste toe. Eischers gingen van het vonnis in hooger beroep, en kwamen op tegen de afwijzing van de primaire en de subsidiaire vorderingen. Door verweerder Mulder werd berust in de toewijzing der allersubsidiairste vordering. Het Hof bekrachtigde het vonnis voor zooveel betreft de ontzegging der primaire vordering, doch vernietigde het vonnis voor het overige en verklaarde niet alleen de subsidiaire, maar ook de allersubsidiairste vordering niet-ontvankelijk. Deze beslissing werd door den Hoogen Raad gecasseerd op grond van de overweging:

„dat toch, nu Krol geen grieven had aangevoerd tegen de toewijzing door de Rechtbank van de allersubsidiairste vordering, en ook Mulder daartegen niet was opgekomen, het vonnis der Rechtbank, wat dit punt betreft — indien althans noch de primaire noch de subsidiaire vordering werd toegewezen — niet aan het oordeel van het Hof onderworpen was, zoodat, waar van een toewijzing der primaire en evenmin van de subsidiaire vordering sprake was, het Hof op die allersubsidiairste vordering niet had mogen ingaan en de beslissing van de Rechtbank te dien aanzien had moeten eerbiedigen”.

De Hooge Raad gaat er kennelijk van uit dat de beslissing omtrent de allersubsidiairste vordering niet is een *eindvonnis* dat kracht van gewijsde heeft verkregen. Wanneer dit het geval was zou immers het Hof de beslissing onder *alle omstandigheden* hebben te eerbiedigen, en haar dus ook niet kunnen vernietigen indien de primaire of de subsidiaire vordering werd toegewezen. Met andere woorden is de subsidiaire vordering niet zelfstandig.

De vraag, of Mulder incidenteel had kunnen appelleren, (4e stelling) is door den Hoogen Raad niet beantwoord. Wel grondt de Hooge Raad zijn beslissing op het feit „dat ook Mulder tegen de allersubsidiairste vordering niet is opgekomen”, doch door deze woorden wordt in het midden gelaten op welke wijze dit had kunnen geschieden: alleen door een zelfstandig principaal appel of ook door een incidenteel appel. De Advocaat-Generaal BERGER gaat er van uit dat ook dit laatste had kunnen geschieden blijkens de zinsnede: „Incidenteel appel tegen het vonnis, voorzoover de allersubsidiairste vordering werd toegewezen, is door verweerder niet ingesteld”.

Men onderscheide het instellen van alternatieve vorderingen wél van het geval dat de eischer, niet wetend wie van twee personen aansprakelijk

<sup>1)</sup> H.R. 5 April 1929, N.J. 1929 blz. 1333.

is, beiden dagvaardt, en aan den rechter de beslissing overlaat wie van beiden moet presteeren. Er zijn dan niet meerdere *vorderingen* alternatief ingesteld, doch het geding heeft slechts één enkele vordering tot object; *de gedaagden* zijn echter als het ware alternatief gedagvaard. Men heeft hier één vordering, terwijl meerdere personen zijn gedagvaard. Ten aanzien hiervan verwijzen wij naar § 5, slot.

Eveneens dient te worden onderscheiden tusschen het instellen van meerdere *vorderingen*, welke alternatief worden ingesteld, en het instellen van één vordering op meerdere, alternatief voorgedragen, *grondslagen*. Men zie dienaangaande hieronder § 13 onder c, blz. 140.

## § 11. INTERLOCUTOIR EN EINDVONNIS.

### a. Algemeene opmerkingen.

Ook bij interlocutoire vonnissen schijnt de wet, door te bepalen dat in het algemeen het appel zoowel afzonderlijk als tegelijk met het eindvonnis kan worden ingesteld (art. 337 Rv.), er van uit te gaan, dat het appel van het eindvonnis niet het appel van het daaraan voorafgaand interlocutoir medebrengt. Toch kan men hier niet dezelfde redeneering volgen als bij de incidenteele vorderingen. Dáár is het criterium niet gezocht in het aanwezig zijn van één of twee rechterlijke *uitspraken*: incidenteel vonnis en eindvonnis (het is immers mogelijk dat incident en hoofdzaak bij één vonnis worden berecht), doch in het aanwezig zijn van twee afzonderlijke *vorderingen*: de incidenteele vordering en de hoofdvordering. Hier heeft men slechts te doen met één en dezelfde vordering, welke zoowel het interlocutoir als het eindvonnis tot onderwerp hebben. De oplossing van het vraagstuk of, indien alleen van het eindvonnis is geappelleerd, de appelrechter in een beoordeeling mag treden van beslissingen, welke in het voorafgaand interlocutoir vonnis zijn neergelegd, zal dus langs anderen weg moeten worden gezocht.

Wanneer een interlocutoir vonnis nooit iets anders inhield dan een interlocutoire uitspraak, b.v. uitsluitend de opdracht om een bepaald feit door getuigen te bewijzen, zou de kwestie wel zeer eenvoudig zijn. Wanneer dan alleen van het eindvonnis was geappelleerd kon het den appelrechter onverschillig laten of al dan niet ook het interlocutoir aan zijn oordeel was onderworpen. Immers het interlocutoir bindt hem niet, het adagium *l'interlocutoire ne lie pas le juge* geldt ook voor den appelrechter, en het staat hem vrij zijn uitspraak te geven zonder rekening te houden met de afgelegde getuigenverklaringen.<sup>1)</sup> Doch een dergelijk

<sup>1)</sup> Aldus ook de arresten van den Hoogen Raad van 17 Jan. 1908, W. 8654; 24 Dec. 1914, W. 9775, N.J. 1915 blz. 268; 6 Nov. 1914, W. 9788, N.J. 1915, blz. 11; 21 Febr. 1919, W. 10398, N.J. 1919 blz. 359; 11 Febr. 1921, W. 10783, N.J. 1921 blz. 413; 2 Jan. 1925, W. 11347; N.J. 1925 blz. 331; 17 Maart 1927, W. 11651; N.J. 1927, blz. 1025 m.o. E.M.M.; 25 Oct. 1935, W. en N.J. 1936 no. 399.

eenvoudig interlocutoir vonnis behoort tegenwoordig <sup>1)</sup> tot de groote uitzonderingen. Bijna steeds geeft de rechter in het interlocutoir vonnis, buiten de bewijsopdracht, een aantal overwegingen, niet alleen omtrent de opgeworpen excepties en middelen van niet-ontvankelijkheid, maar ook over rechts- en feitelijke vragen, de zaak zelf betreffende. De einduitspraak is dan gebaseerd op deze in het interlocutoire vonnis neergelegde overwegingen, en hierin zal de kern van de kwestie moeten worden gezocht.

Kan de appelrechter wel in een beoordeeling van deze einduitspraak treden zonder tevens rekening te houden met de beslissingen, waarop zij is gebaseerd?

De Hooge Raad neemt hieromtrent een radicaal standpunt in: indien alleen van het eindvonnis, doch niet van het interlocutoire vonnis is geappelleerd, heeft dit laatste *kracht van gewijsde* gekregen; ook de in dit interlocutoir neergelegde eindbeslissingen hebben dus kracht van gewijsde verkregen, en zijn dus voor den appelrechter onaantastbaar geworden. <sup>2)</sup>

### *b. Het begrip eindbeslissing.*

Alvorens dit standpunt van den Hoogen Raad aan een nader onderzoek te onderwerpen zal het noodig zijn vast te stellen, wat deze onder het begrip *eindbeslissing* verstaat. Beschouwt men den term taalkundig, dan zou men kunnen denken dat ermede wordt bedoeld de beslissing, welke aan het geschil een einde maakt, doch deze wordt er juist *niet* onder verstaan. De Hooge Raad gebruikt den term ter onderscheiding van de in een interlocutoir vonnis neergelegde beslissingen. In een interlocutoir vonnis kunnen voorkomen:

1. Beslissingen, welke als een eindvonnis moeten worden beschouwd, b.v. indien van twee gecumuleerde vorderingen er één wordt toe- of afgewezen, terwijl omtrent de andere een bewijs wordt opgedragen, of indien van een geldvordering van f 2000,— een gedeelte terstond wordt toe- of afgewezen, terwijl over het restant een instructie wordt bevolen. 2. Beslissingen, welke zuiver interlocutoir zijn (opdracht van getuigenbewijs, deskundigenverhoor enz.), of waarbij de rechter te kennen geeft, dat hij haar slechts als voorloopig wil beschouwen. 3. Beslissingen, welke over

<sup>1)</sup> Zie hierover MEYERS: De invloed der praktijk op de vorming van het Nederlandsche Procesrecht, in het Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, jaargang I, en diens noot onder het arrest van 17 Maart 1927, N.J. 1927 blz. 1025.

<sup>2)</sup> Arresten van 26 Juni 1931, W. 12341; N.J. 1931 blz. 1404; 15 Dec. 1932, W. 12564, N.J. 1933 blz. 493 m.o. E.M.M.

Hoewel daarin niet uitdrukkelijk de woorden „kracht van gewijsde” zijn gebruikt stelt de Hooge Raad zich kennelijk op hetzelfde standpunt in de arresten van 29 Mei 1914, W. 9712 m.o. J.W.M.; N.J. 1914, 785; 23 Juni 1916, W. 10005; N.J. 1916 721; 5 Dec. 1919, W. 10518 m.o. H. de J.; N.J. 1920 blz. 33; 6 Febr. 1930, W. 12107; N.J. 1930 blz. 791.

bepaalde, in de procedure opgeworpen, geschilpunten een uitspraak geven, zonder dat daardoor aan het geschil, of een gedeelte daarvan, een einde wordt gemaakt, b.v. de verwerping van opgeworpen exceptiën of middelen van niet-ontvankelijkheid (bij gegrondbevinding van deze verweren verkrijgt men een eindvonnis); beslissingen omtrent toelaatbaarheid van getuigenbewijs, uitlegging van overeenkomsten, bepaling van wat tusschen partijen rechtens vaststaat, enz.

De laatste categorie vormt de eindbeslissingen, aldus genoemd om aan te duiden dat ze voor den rechter, die ze gegeven heeft, definitief en bindend zijn, in tegenstelling tot de zuiver interlocutoire en voorloopige beslissingen, waardoor de rechter niet gebonden is.

*Eindbeslissingen zijn dus zonder voorbehoud gegeven beslissingen omtrent rechtsvragen of feitelijke vragen, waarmede niet de vordering, of een deel daarvan, wordt afgedaan.*

Door de woorden „zonder voorbehoud” worden in deze definitie uitgesloten de beslissingen, genoemd in de tweede categorie, n.l. de interlocutoire beslissingen, en die beslissingen, waarbij is te kennen gegeven, dat zij slechts als voorloopig moeten worden beschouwd. Het slot van de definitie sluit de beslissingen, bedoeld in de eerste categorie, uit.

Het zal dikwijls niet gemakkelijk zijn vast te stellen of een eindbeslissing is gegeven.

Indien de rechter getuigenbewijs oplegt omtrent het ontstaan door verjaring van een erfdiensbaarheid is hij er blijkbaar van uit gegaan dat getuigenbewijs in casu toelaatbaar was, maar heeft hij dit ook beslist? Het antwoord op deze vraag zal moeten worden gezocht in de bedoeling van den rechter, en deze op haar beurt in de redactie van het vonnis. Indien in het vonnis wordt overwogen dat de erfdiensbaarheid voortdurend en zichtbaar is heeft de rechter omtrent den aard der erfdiensbaarheid en de toelaatbaarheid van het bewijs een eindbeslissing gegeven. Indien de rechter zonder nadere motiveering getuigenbewijs oplegt, nadat de verweerder eenvoudig had ontkend dat de erfdiensbaarheid door verjaring was ontstaan, kan men aannemen dat de rechter omtrent den aard der erfdiensbaarheid geen beslissing heeft gegeven. Anders moet wellicht geoordeeld worden indien getuigenbewijs wordt opgelegd hoewel de gedaagde uitdrukkelijk had opgeworpen dat de erfdiensbaarheid niet voortdurend en zichtbaar is, en getuigenbewijs om die reden niet mocht worden opgelegd.

Wanneer in het interlocutoir vonnis een eindbeslissing is neergelegd zal de *bedoeling* moeten leeren van den rechter, die haar heeft gegeven, <sup>1)</sup> welke bedoeling moet zijn uitgedrukt in de redactie van het vonnis. De Hooge Raad schijnt thans <sup>2)</sup> als permanente opvatting te huldigen, dat

<sup>1)</sup> Vgl. hierover TELDERS blz. 155 v.v.; H. R. 18 December 1942, W. en N. J. 1943 no. 40.

<sup>2)</sup> Sedert 1930. Vgl. TELDERS blz. 158.

de beslissing *uitdrukkelijk en zonder voorbehoud* moet zijn gegeven. <sup>1)</sup>

Een beslissing is zonder voorbehoud gegeven, indien de rechter daarbij niet te kennen geeft, dat hij zich voorbehoudt daarop later terug te komen. Maar wat moet worden verstaan onder „uitdrukkelijk”? Wanneer een stilzwijgend inbegrepen beslissing daardoor in ieder geval wordt uitgeschakeld lijkt de formule te beperkt. Indien de rechter een opgeworpen verweer onbesproken laat is het niet steeds met zekerheid uit te maken of hij de weer ongegrond acht, dan wel haar wil aanhouden tot bij het eindvonnis, misschien zelfs haar eenvoudig over het hoofd heeft gezien. Maar als de rechter overweegt, dat een opgeworpen exceptie van onbevoegdheid moet worden verworpen, ligt daarin opgesloten dat hij zich ook inderdaad bevoegd verklaart. En indien hij aan de opgeworpen exceptie van onbevoegdheid in het geheel geen overweging heeft gewijd, doch zonder meer een getuigenbewijs heeft gelast, kan men wel steeds aannemen, dat hierin ligt opgesloten dat hij de exceptie ongegrond acht. In beide gevallen is de beslissing, dat de rechter zich bevoegd verklaart, duidelijk, maar niet uitdrukkelijk, gegeven. <sup>2)</sup>

Opdat de formule zich ook tot impliciete beslissingen kan uitstrekken zou zij wellicht beter kunnen worden vervangen door de woorden *duidelijk en zonder voorbehoud*, ook reeds teneinde den schijn te vermijden als zou de beslissing in het dictum moeten zijn vastgelegd.

Het dictum alleen immers zal het antwoord dikwijls niet geven. Dit houdt veelal alleen in: „Alvorens recht te doen, beveelt den eischer door getuigen te bewijzen...”, terwijl in de rechtsoverwegingen is neergelegd dat de exceptie van onbevoegdheid of het middel van niet-ontvanke-lijkheid moet worden verworpen, en dat de erfdienstbaarheid als een voortdurende en zichtbare moet worden beschouwd, zoodat haar ontstaan door verjaring mogelijk is. Hoewel het dictum zulks niet uitdrukkelijk inhoudt zijn daardoor verschillende rechtsvragen duidelijk en zonder voorbehoud beslist.

De opvatting, dat de eindbeslissingen niet in het dictum moeten zijn neergelegd, doch slechts uit de rechtsoverwegingen behoeven te blijken, is sedert een aantal jaren ook die van den Hoogen Raad. <sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> O.a. de arresten van: 20 Juni 1930, W. 12147, N.J. 1930, 1217; 31 Oct. 1930, W. 12220; N.J. 1931, 13; 19 Juni 1931, W. 12335; N.J. 1931, 1463; 30 Juni 1933, W. 12723, N.J. 1934 blz. 1361; 28 Juni 1935, W. en N.J. 1936, 7; 25 Oct. 1935, W. en N.J. 1936 no. 399; 21 Jan. 1938, W. en N.J. 1939 no. 58 m.o. E.M.M. (N.B. annotatie 1; vgl. hierbij H.R. 29 Nov. 1929, W. 12075, N.J. 1930 blz. 723); 12 Juni 1942, W. en N.J. 1942 no. 573; 18 December 1942, W. en N.J. 1943 no. 40.

<sup>2)</sup> Vgl. ook H.R. 1 Febr. 1918, W. 10249, N.J. 1918, blz. 334.

<sup>3)</sup> O.a. arresten van: 23 Juni 1916, N.J. 1916 blz. 721; 5 Dec. 1919, W. 10518, N.J. 1920 blz. 33; 2 Maart 1923, W. 11084, N.J. 1923 blz. 809; 30 Dec. 1927, W. 11796, N.J. 1928, 570; 29 Nov. 1929, W. 12075, m.o. S.B., N.J. 1930 blz. 723, m.o. E.M.M.; 6 Febr. 1930, W. 12107, N.J. 1930 blz. 791; 21 Febr. 1935, W. 12903, W. en N.J. 1936 no. 4. Voor uitvoeriger jurisprudentie zie men MEYERS in W.P.N.R. no. 2432 en N.J. 1930 blz. 724, en LÉON-NOYON ad art. 46 Rv. C 1.



In het arrest van 21 Februari 1935 <sup>1)</sup> overwoog de Hooge Raad:

„dat toch tegen alle in een interlocutoir vonnis vervatte beslissingen hooger beroep kan worden ingesteld tegelijk met het eindvonnis voor zoover niet reeds bij het interlocutoir vonnis aan het proces omtrent eenig deel van het gevorderde door een uitdrukkelijk dictum een einde is gemaakt;

„dat dit laatste ten aanzien van bovenbedoeld punt niet het geval was, omdat — ook al moge de hieromtrent gegeven beslissing een eindbeslissing zijn in dien zin, dat de Rechtbank aan haar daarover gegeven oordeel in den verderen loop van het geding gebonden was — aan het proces hieromtrent eerst een einde is gemaakt bij het vonnis van 16 November 1933, gewezen nadat omtrent een ander deel van eischers vordering een getuigenverhoor was gehouden”.

De Hooge Raad maakt hier dus uitdrukkelijk onderscheid tusschen echte eindvonnissen en zoogenaamde eindbeslissingen, welke termen reeds tot zooveel verwarring hebben aanleiding gegeven, en verbindt daaraan verschillende gevolgen, zoowel ten aanzien van de plaats in het vonnis waar de beslissing moet zijn neergelegd (dictum of rechtsoverweging), als ten aanzien van het appel. Een eindvonnis heeft men, wanneer daardoor aan de geheele vordering, of aan een gedeelte daarvan, een einde wordt gemaakt, deze m.a.w. wordt toe- of afgewezen; een z.g. eindbeslissing indien een beslissing wordt gegeven over een rechtsverhouding van partijen, zonder dat daardoor de ingestelde vordering, of een deel daarvan, definitief wordt berecht. Een eindvonnis moet, zoowel bij toewijzing als bij afwijzing, <sup>2)</sup> uitdrukkelijk in een dictum zijn gegeven; <sup>3)</sup> een z.g. eindbeslissing kan zoowel in de rechtsoverwegingen als in het dictum zijn neergelegd. <sup>4)</sup> Van een eindvonnis moet binnen 3 maanden worden geappelleerd, ook indien dit in een overigens interlocutoir

---

<sup>1)</sup> Zie vorige noot.

<sup>2)</sup> Men kan zich kwalijk voorstellen dat een veroordeelend vonnis in de rechtsoverwegingen zou zijn neergelegd (vgl. TELDERS blz. 153, noot 1). Wel zou men zich kunnen indenken dat een vordering in de rechtsoverwegingen wordt afgewezen. Dit werd nog niet lang geleden door den Hoogen Raad aangenomen nl. in de arresten van 29 November 1929, W. 12075 m.o. S.B.; N.J. 1930 blz. 723 m.o. E.M.M. en van 12 Maart 1931, W. 12346, N.J. 1931 blz. 872. Daarna heeft de Hooge Raad echter twee maal beslist (zie volgende noot) dat een eindvonnis alleen in een dictum kan zijn neergelegd, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tusschen toewijzende en afwijzende vonnissen. Alle twijfel hieromtrent wordt weggenomen door het aangehaald arrest van 21 Februari 1935, waarbij de afwijzing van een vordering, in de rechtsoverwegingen neergelegd, wordt beschouwd als een bindende eindbeslissing, doch niet als een eindvonnis, omdat dit alleen in het dictum kan worden gegeven. Vgl. ook G. W. BANNIER in W. 12913. Terwille van de consequentie is de laatste opvatting te verkiezen boven de vroegere.

<sup>3)</sup> Arresten van: 21 Febr. 1935, W. 12903, W. en N.J. 1936 no. 4; 9 Mei 1940, W. en N.J. 1941 no. 62 en 10 December 1942, W. en N.J. 1943 no. 44.

<sup>4)</sup> Zie noot 3 blz. 74.

vonnis is neergelegd; <sup>1)</sup> van een z.g. eindbeslissing kan men zoowel binnen drie maanden, als tegelijk met het eindvonnis, in hooger beroep gaan. <sup>2)</sup> Zijn bij één dagvaarding tegelijkertijd ingesteld een vordering tot achterstallige provisie, en een tot schadevergoeding wegens onrechtmatig ontslag, dan kan bij eenzelfde vonnis de provisievordering worden toe- of afgewezen, en omtrent de tweede bewijs worden opgelegd. Dit vonnis is dan interlocutoir ten aanzien van de vordering tot schadevergoeding, en eindvonnis ten aanzien van de provisievordering, doch zooals gezegd moet dan in het dictum aan deze laatste vordering een einde zijn gemaakt. Komt alleen in de rechtsoverwegingen voor dat de provisievordering volledig is bewezen, en dus kan worden toegewezen, doch gebeurt dit niet in het dictum, en wordt dit uitdrukkelijk of stilzwijgend aangehouden tot aan de einduitspraak over de andere vordering, dan heeft men geen eindvonnis, doch wel een z.g. eindbeslissing, waaraan de rechter, die haar heeft gegeven, verder gebonden is. <sup>3)</sup> Is de provisievordering toegewezen in het dictum, dan kan appel daarvan alleen worden ingesteld binnen drie maanden; is alleen in de overwegingen beslist dat de vordering moet worden toegewezen, dan mag appel terstond worden ingesteld (behoudens toepassing van art. 337 slot Rv.), doch kan dit ook worden aangehouden tot na het eindvonnis.

Waarom wordt ten aanzien van den appeltermijn dezelfde gedragslijn als bij eindvonnissen niet gevolgd bij z.g. eindbeslissingen? Men kan het standpunt innemen dat door het afwijzen van verschillende verweermiddelen evenzoo vele afzonderlijke geschilpunten worden beslecht. Indien het dictum dus luidt: „verklaart zich bevoegd van de ingestelde vordering kennis te nemen; verklaart dat de gestelde erfdienstbaarheid is voortdurend en zichtbaar, zoodat haar ontstaan door verjaring mogelijk is; laat eischer toe door getuigen te bewijzen.....”, dan zou men dit kunnen beschouwen als twee einduitspraken op de beide eerst opgeworpen verweermiddelen, welke onaantastbaar worden, indien men daarvan niet binnen 3 maanden appelleert.

---

<sup>1)</sup> H.R. 12 Maart 1931, W. 12346, N.J. 1931 blz. 872 (vgl. hierbij noot 2 blz. 75); H.R. 10 December 1942, W. en N.J. 1943 no. 44, alsmede implicite de arresten, genoemd in de volgende noot. Aldus ook de schrijvers, genoemd in de volgende noot.

<sup>2)</sup> O.a. de arresten van: 9 Jan. 1914, W. 9625; 14 Mei 1915, W. 9841, N.J. 1915, blz. 879; 13 Dec. 1923, W. 11159 m.o. S.B., N.J. 1924 blz. 180; 16 Jan. 1930, W. 12099, m.o. S.B., N.J. 1930 blz. 664 m.o. E.M.M.; 21 Febr. 1935, W. 12903, W. en N.J. 1936 no. 4 m.o. P.S.; 9 Mei 1940, W. en N.J. 1941 no. 62. (vgl. hierbij noot 3 blz. 75); 14 Juni 1940, W. en N.J. 1941, no. 109.

Adv. Gen. BESIER bij H.R. 1 April 1932, W. 12436, N.J. 1932 blz. 1485, m.o. E.M.M.

EVENZOO VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 337 Rv.; TELDERS no. 8; MEYERS en SCHOLTEN in annotaties hierboven geciteerd; SCHELTEMA R.M. 1935 blz. 157.

<sup>3)</sup> Zie hierover het artikel van schrijver dezes over de gebondenheid van den rechter aan beslissingen in interlocutoire vonnissen, R.M. Themis 1941 blz. 216 v.v.

Deze gedachtengang lijkt logisch en consequent, doch past niet in het systeem van onze wet, en is zelfs met de wet in strijd. Bij toe- of afwijzing van een deel van het gevorderde in het dictum van een overigens interlocutoir vonnis is daarmee de zaak afgedaan; het dictum maakt een einde aan de instantie, en de wetsvoorschriften omtrent het hooger beroep laten niet toe, dat hooger beroep wordt ingesteld na den termijn van drie maanden. Bij afwijzing van slechts enkele der verweermiddelen is de zaak echter niet afgedaan. Het onderzoek over de hoofdzaak wordt voortgezet, het principale verweer zal eerst worden beslist na de instructie. Geen wetsvoorschrift schrijft dwingend voor, dat van dergelijke beslissingen over verweermiddelen, welke zijn gegeven vòòrdat de geheele zaak is afgedaan, terstond moet worden geappelleerd; integendeel heeft de wetgever in art. 337 Rv. van een andere opvatting blijk gegeven.

Sedert onder de bepaling van dit artikel ook de incidenteele vonnissen zijn opgenomen kan hierover geen twijfel meer bestaan. Uitspraken op tusschengeschillen, b.v. op opgeworpen excepties of middelen van niet-ontvankelijkheid, zijn immers, voorzoover het geen eindvonnissen zijn, <sup>1)</sup> incidenteele vonnissen in den zin van art. 337 Rv. <sup>2)</sup> En zelfs indien men dit niet zou aannemen, of althans niet alle eindbeslissingen als incidenteele beslissingen zou willen opvatten, blijkt uit de opname der incidenteele vonnissen in het tweede lid van art. 337 Rv. duidelijk de opvatting van den wetgever. Het is niet aan te nemen dat de wetgever hooger beroep van beslissingen op verweermiddelen, waarvoor veelal slechts een kort onderzoek is nodig geweest, terstond heeft willen voorschrijven, terwijl het hooger beroep van beslissingen op incidenteele vorderingen, waartoe wellicht een afzonderlijke en uitgebreide procedure is nodig geweest, kan worden aangehouden tot na het eindvonnis.

Met interlocutoir vonnis heeft de wetgever in art. 337 Rv. kennelijk bedoeld niet alleen de zuiver interlocutoire beslissing, maar het geheele vonnis, waarin een interlocutoire beslissing voorkomt, onverschillig of dit vonnis buiten de instructie al dan niet nog andere beslissingen inhoudt omtrent de rechtsverhoudingen van partijen, welke het eindvonnis moeten schragen. <sup>3)</sup>

Het is dan ook de constante jurisprudentie van den Hoogen Raad, dat hooger beroep van eindbeslissingen in een interlocutoir vonnis nog kan worden ingesteld tegelijk met het appel tegen het eindvonnis. <sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> Indien de verweermiddelen juist worden geacht, indien de rechter zich b.v. onbevoegd acht, of de vordering niet-ontvankelijk verklaart, is deze uitspraak een eindvonnis. H.R. 14 Mei 1915, W. 9841, N.J. 1915 blz. 879.

<sup>2)</sup> Aldus ook o.a. H.R. 14 Mei 1915, W. 9841, N.J. 1915 blz. 879; VAN ROSSEM, W. 9867; VAN ROSSEM t.a.p. ad art. 46, aant. 1; vgl. ook H.R. 22 April 1926, W. 11503 m.o. S.B., N.J. 1926 blz. 813, m.o. P.S.

<sup>3)</sup> Aldus ook H.R. 13 December 1923, W. 11159 m.o. S.B.; N.J. 1924 blz. 180; H.R. 24 Mei 1918, W. 10284; N.J. 1918 blz. 640.

Eveneens ten aanzien van praeparatoire vonnissen: H.R. 23 Februari 1917, W. 10138; N.J. 1917 blz. 355.

<sup>4)</sup> H.R. 13 December 1923, W. 11159 m.o. S.B.; N.J. 1924 blz. 180; H.R.

*c. De leer van den Hoogen Raad. Critiek.*

Deze uitweiding omtrent het begrip „eindbeslissing” leek ons noodig voordat de leer van den Hoogen Raad, dat in een interlocutoir vonnis neergelegde eindbeslissingen kracht van gewijsde verkrijgen indien met het eindvonnis niet tevens uitdrukkelijk van het interlocutoir vonnis wordt geappelleerd, aan een critisch onderzoek wordt onderworpen.

De uitdrukking, dat deze eindbeslissingen kracht van gewijsde hebben verkregen, is weinig gelukkig gekozen, omdat er niet uitdrukkelijk uit blijkt wat er precies mede wordt bedoeld.

Moet er onder worden verstaan het gezag van gewijsde in materieelen zin, n.l. de gebondenheid van partijen aan een vonnis, welke is neergelegd in art. 1954 B.W.? Of wordt er mede bedoeld de kracht van gewijsde in formeelen zin, de eigenschap van het vonnis, dat het niet meer door een der gewone rechtsmiddelen kan worden aangetast? <sup>1)</sup> Te oordeelen naar de terminologie in de arresten van 1931 en 1932 <sup>2)</sup> zou men geneigd zijn het laatste aan te nemen. Toch is dit waarschijnlijk niet het geval. Men moet hier twee verschillende begrippen onderscheiden, een eigenschap en een werking van het vonnis. <sup>3)</sup>

De Hooge Raad, zoo zal men moeten concludeeren, gaat uit van het standpunt dat het *vonnis* een uiterlijk gewijsde is (kracht van gewijsde in formeelen zin), hetgeen ten gevolge zou hebben, dat de in dat vonnis neergelegde *beslissing* voor den hoogerem rechter bindend is (het gezag van gewijsde in materieelen zin).

Ook CLEVERINGA <sup>4)</sup> en SCHOLTEN <sup>5)</sup> gaan, waar zij de gebondenheid van den appelrechter aan eindbeslissingen, neergelegd in niet in het appel betrokken interlocutoire vonnissen, bespreken, er van uit dat de oplossing moet worden gezocht aan de hand van art. 1954 B.W., in welk artikel is neergelegd het gezag van gewijsde in materieelen zin.

Tegen de juistheid van dit criterium zijn verschillende bedenkingen aan te voeren. Een principieel bezwaar is hierin gelegen, dat hier het gezag van gewijsde wordt toegepast, terwijl het geschil zelf nog aanhangig is. Al moge de redactie van art. 1954 B.W. niet door klaarheid uitmunten, blijktens het tweede lid moet de wetgever er toch van zijn uitgegaan dat

22 April 1926, W. 11503 m.o. S.B.; N.J. 1926 blz. 813 m.o. P.S.; 29 November 1929, W. 12075 m.o. S.B. N.J. 1930 blz. 723 m.o. E.M.M.; 21 Februari 1935, W. en N.J. 1936 no. 4.

<sup>1)</sup> Wij gebruiken hier de usantieele benamingen „materieele en formeele kracht van gewijsde”, zonder over de juistheid hiervan een oordeel te willen uitspreken. In zijn derden druk verwerpt ANEMA deze aanduiding als onjuist (ASSER-ANEMA blz. 316—318).

<sup>2)</sup> Zie noot 2 blz. 72.

<sup>3)</sup> Vgl. ASSER-ANEMA 3e druk, blz. 318; nadrukkelijker in de 2e druk, blz. 332—333.

<sup>4)</sup> VAN ROSSEM-CLEVERINGA blz. 550.

<sup>5)</sup> Annotatie in N.J. 1930 blz. 794 en 798.

het inroepen van het gezag van gewijsde alleen geschiedt in een nieuwe zaak. <sup>1)</sup>

Voorts zou volgens den Hoogen Raad de appelrechter zich *ambtshalve* gebonden moeten achten aan eindbeslissingen, welke voorkomen in een interlocutoir vonnis waarvan niet mede is geappelleerd, en wel omdat deze kracht van gewijsde zouden hebben verkregen. De Hooge Raad huldigt echter zelf de vrijwel algemeen aanvaarde opvatting, dat op het gezag van gewijsde door een der partijen uitdrukkelijk een beroep moet worden gedaan, en dat de rechter dit niet *ambtshalve* mag toepassen. <sup>2)</sup> Deze opvattingen zijn met elkaar in strijd.

Nog ernstiger is het bezwaar, dat het criterium tot uiterst onbevredigende consequenties leidt. Dit bezwaar geldt, onverschillig of men het gezag van gewijsde bedoelt in materieelen of in formeelen zin. Niet alleen zal de appelrechter er door gedwongen worden in vele gevallen uitspraken te geven, welke kennelijk onrechtvaardig zijn; het kan ook leiden tot botsingen met de wet, en met de bepalingen van openbare orde.

Indien de eerste rechter bij interlocutoir vonnis de exceptie van onbevoegdheid *ratione materiae* heeft verworpen, en er wordt alleen geappelleerd van het eindvonnis, wat moet dan de appelrechter doen, indien hij den eersten rechter wèl onbevoegd acht? Van het interlocutoir vonnis is niet geappelleerd. De beslissing, waarbij de eerste rechter zich bevoegd heeft verklaard, zou derhalve in kracht van gewijsde zijn gegaan. <sup>3)</sup> Volgens de gewraakte opvatting zou de appelrechter deze beslissing dus moeten eerbiedigen, doch dan handelt hij in strijd met art. 156 Rv., dat van openbare orde is, en met art. 14 A.B. Toen de Hooge Raad in 1912 <sup>4)</sup> over deze kwestie moest oordeelen, werd het arrest van het Hof, hetwelk zich op het standpunt had gesteld dat de uitspraak der Rechtbank omtrent de bevoegdheid in kracht van gewijsde was gegaan, daar geen appel van het betreffende interlocutoire vonnis was ingesteld, gecasseerd. De Hooge Raad overwoog, dat, waar de onbevoegdheid der Rechtbank de openbare orde betreft, de beslissing daarover niet afhankelijk kan wezen van processuele gedragingen der gedingvoerenden. In 1882 daarentegen had de Hooge Raad de beslissing bindend geoordeeld voor den cassatierechter. <sup>5)</sup> Men kan zich afvragen hoe de Hooge Raad

<sup>1)</sup> Aldus ook STAR BUSMANN t.a.p. no. 387; SUYLING I no. 521.

Anders: VAN ROSSEM-CLEVERINGA t.a.p. ad art. 337, aant. 4, noot 2; SCHELTEMA R.M. 1935 blz. 154, noot 1.

<sup>2)</sup> H.R. 30 Juni 1932, W. 12500, N.J. 1932, 1410. Aldus ook MEYERS in onderschrift onder dit arrest in N.J. 1932, 1410; KUHN, blz. 33; ASSER-ANEMA, t.a.p. passim; SCHELTEMA blz. 5; SUYLING I no. 516.

Anders STAR BUSMANN in onderschrift onder voornoemd arrest in W. 12500.

<sup>3)</sup> De Hooge Raad neemt aan dat de beslissingen over bevoegdheid kracht van gewijsde kunnen verkrijgen. Arrest van 27 Jan. 1933, W. 12587 m.o. S.B.; N.J. 1933, blz. 1406.

<sup>4)</sup> H.R. 14 Juni 1912, W. 9361. Vgl. ook H.R. 12 Oct. 1911, W. 9268.

<sup>5)</sup> Arrest van 10 Maart 1882, W. 4756.

daar thans over zou oordeelen.<sup>1)</sup> Men kan zich eveneens afvragen, wat de appelrechter moet doen indien de eerste rechter bij interlocutoir vonnis, waarvan niet is geappelleerd, uitdrukkelijk heeft beslist dat een huwelijk tusschen partijen bestaat, dat de gestelde overeenkomst een geoorloofde oorzaak heeft, of dat een rechtsgeldige overeenkomst is aangegaan, en in appel onomstootelijk blijkt dat partijen niet zijn gehuwd, dat de overeenkomst in strijd is met de goede zeden, dat de overeenkomst een schenking is welke in strijd met art. 1719 B.W. mondeling is aangegaan. Het zou toch te ver voeren, indien de appelrechter, met een beroep op de kracht van het gewijsde, het niet bestaande huwelijk moest ontbinden, of tot nakoming van de nietige overeenkomst moest veroordeelen.

Er zijn hier slechts twee mogelijkheden: ofwel de appelrechter past het systeem, dat dergelijke eindbeslissingen bindend zijn, omdat zij kracht van gewijsde hebben verkregen, onverbiddelijk toe, doch dan zijn uitspraken in strijd met de wet en met de bepalingen van openbare orde volstrekt niet denkbeeldig. Ofwel men neemt aan, dat in sommige gevallen een afwijkende beslissing kan worden gegeven, b.v. met een beroep op de openbare orde, doch dan volgt daar toch uit dat het criterium niet juist is.

Het stelsel kan ook leiden tot botsingen met andere wetsbepalingen. Wanneer de eerste rechter, een in eerste instantie opgeworpen verweermiddel ongegrond achtend, den eischer bij interlocutoir vonnis uitdrukkelijk ontvankelijk verklaart, en, nadat alleen van het eindvonnis is geappelleerd, de oorspronkelijke gedaagde ingevolge art. 348 Rv. een nieuwe weer ten principale inbrengt, welke, indien gegrond, tot niet-ontvankelijkheid der vordering moet leiden, zou dan de appelrechter, hoewel hij de nieuwe weer gegrond acht, deze moeten verwerpen omdat de beslissing, dat de eischer ontvankelijk is, kracht van gewijsde zou hebben verkregen? Men vergelijke het arrest van den Hoogen Raad van 7 Maart 1930.<sup>2)</sup>

In zijn annotatie onder dit arrest meent SCHOLTEN dat de Hooge Raad, het arrest van het Hof zou hebben gecasseerd, indien onder de als geschonden aangehaalde artikelen ook 348 Rv. zoude zijn aangehaald. Naar onze meening zou echter in het gewraakte systeem ook dan het cassatieberoep zijn verworpen. Nu is het onderhavige geval geen gelukkig voorbeeld vanwege de onzekere beteekenis van een ontvankelijkverklaring. Veronderstel echter het volgende geval: een eischer vraagt veroordeeling tot afgifte van goederen, welke hem bij testament zijn vermaakt. Gedaagde beroept zich in de eerste plaats op de nietigheid van het testament, omdat de erflater op het oogenblik van het maken van het testament niet in het bezit was van zijn verstandelijke vermogens. De Rechtbank verwerpt in een interlocutoir vonnis dit verweer, ver-

<sup>1)</sup> Men zie H.R. 18 Dec. 1936, W. en N.J. 1937 no. 587 m.o. E.M.M.

<sup>2)</sup> N.J. 1930 blz. 794.

klaart uitdrukkelijk dat het testament geldig is, en legt omtrent eenige feiten getuigenbewijs op. Bij eindvonnis wordt de ingestelde vordering afgewezen, omdat de Rechtbank den eischer in zijn bewijs niet geslaagd acht. Van dit eindvonnis komt eischer in appel. De oorspronkelijk gedaagde werpt, zonder incidenteel van het interlocutoire vonnis te appelleren, ingevolge art. 348 Rv. als nieuwe weer op, dat het testament nietig is op grond van een vormgebrek (waarbij wordt aangenomen dat art. 1491 B.W. geen beletsel vormt), en toont het bestaan van het vormgebrek onomstootelijk aan. In het systeem van den Hoogen Raad zal hem zulks niet kunnen baten, omdat bij interlocutoir vonnis, waarvan niet is geappelleerd, reeds een eindbeslissing omtrent de geldigheid van het testament is gegeven.

Hicraan zou zijn te ontkomen door aan te nemen, dat de Rechtbank niet een voor alle omstandigheden bindende beslissing over de geldigheid van het testament heeft willen geven, doch alleen een beslissing over het aanvankelijk opgeworpen verweermiddel. <sup>1)</sup> Nu moet inderdaad een eindbeslissing worden getoetst aan de bedoeling van den rechter, maar een dergelijke uitlegging is toch weinig elegant. Door pertinente beslissingen als: „verklaart dat de vordering ontvankelijk is”; „verklaart dat het testament geldig is”, te interpreteren als te zijn gedaan onder de voorwaarde, dat geen andere verweermiddelen zullen of kunnen worden aangevoerd, wordt het begrip „in kracht van gewijsde gegane eindbeslissing” wel eenig geweld aangedaan.

De leer van den Hoogen Raad, dat de eindbeslissingen in interlocutoire vonnissen, waarvan niet wordt geappelleerd tegelijk met het eindvonnis, kracht van gewijsde hebben verkregen, lijkt ons op de aangegeven gronden onjuist. Als gevolg daarvan verwerpen wij ook de opvatting dat *op grond van de kracht van het gewijsde* deze eindbeslissingen voor den appelrechter onaantastbaar zouden zijn.

#### *d. Proeve eener oplossing.*

De leer van den Hoogen Raad wordt ook door STAR BUSMANN verworpen, doch zijn bestrijding is op een geheel ander principe gebaseerd dan de onze. STAR BUSMANN ontkent het door den Hoogen Raad gemaakte onderscheid tusschen interlocutoire beslissingen en z.g. eindbeslissingen, en gaat er van uit dat alle in een interlocutoir vonnis neergelegde beslissingen (voorzoover deze niet een eindvonnis zijn) interlocutoir zijn, en dus een voorloopig karakter dragen, zoodat ook de rechter, die deze beslissingen zelf heeft gegeven, er niet aan gebonden is krachtens het adagium *l'interlocutoire ne lie pas le juge*. <sup>2)</sup> Deze opvatting hebben wij elders bestreden, <sup>3)</sup> en waar wij den grondslag van deze opvatting onjuist

<sup>1)</sup> Vgl. hierbij ook H.R. 23 April 1925, N.J. 1925 blz. 676.

<sup>2)</sup> STAR BUSMANN, no. 384 v.v.

<sup>3)</sup> R.M. Themis 1941 blz. 216 v.v.

achten, kunnen wij ook niet ten volle de daaruit getrokken consequentie aanvaarden, dat een uitdrukkelijk appel tegen het interlocutoir kan worden gemist, en dat het beroep tegen het eindvonnis stilzwijgend omvat de eindbeslissingen, welke het eindvonnis mede bepalen.

In zooverre kunnen wij echter met de opvatting van STAR BUSMANN meegaan, waar hij betoogt, dat men het interlocutoir vonnis te veel op zichzelf beschouwt, buiten verband met het eindvonnis.<sup>1)</sup> Zoowel het eindvonnis als het interlocutoir hebben hetzelfde rechtsgeding tot voorwerp, en het zal dikwijls voorkomen dat de einduitspraak, welke is neergelegd in het eindvonnis, is gebaseerd op beslissingen, welke zijn opgenomen in het interlocutoir. Wordt deze einduitspraak aan het oordeel van den appelrechter voorgelegd, dan zal een behoorlijk onderzoek van de einduitspraak voor dezen veelal onmogelijk zijn indien hij geen kennis mag nemen van de gronden, waarop de uitspraak is gebaseerd. Bovendien onderwerpt de wet zelf aan het oordeel van den appelrechter beslissingen omtrent sommige rechtsverhoudingen van partijen, ook indien deze niet als rechtstreeksche grondslagen van de einduitspraak kunnen worden beschouwd. De wet zelf schrijft den rechter, ook den appelrechter, voor deze rechtsvragen zoo noodig ambtshalve te onderzoeken, en daarin wordt geen verandering gebracht, doordat de partijen de beslissingen hieromtrent niet zelfstandig in hun appel hebben betrokken.

Vooropgesteld zij dat, indien alleen van het eindvonnis is geappelleerd, in het algemeen de in het interlocutoire vonnis neergelegde eindbeslissingen aan het oordeel van den appelrechter zijn onttrokken. Er kunnen dan ook geen grieven worden gericht tegen beslissingen, neergelegd in het interlocutoire vonnis, waarvan niet is geappelleerd.

Het kan echter voorkomen dat in zoo'n interlocutoir vonnis beslissingen voorkomen welke de openbare orde betreffen, of beslissingen omtrent rechtsgronden, waarop de vordering is gebaseerd. In dat geval zal de appelrechter verplicht zijn deze beslissingen ambtshalve te onderzoeken.

Hebben partijen niet geappelleerd van het interlocutoir vonnis, waarin is opgenomen de beslissing, dat de exceptie van onbevoegdheid *ratione personae* wordt verworpen, dan moet de appelrechter deze beslissing eerbiedigen, al zou hij haar onjuist achten. Partijen hebben hierin berust, en er is geen enkele grond haar ambtshalve te vernietigen. Betreft het echter de bevoegdheid *ratione materiae*, dan staat de zaak anders; weliswaar hebben partijen berust, maar ingevolge art. 156 Rv. moet de eerste rechter alsnog worden onbevoegd verklaard: krachtens een wetsbepaling is de kwestie aan het oordeel van den appelrechter onderworpen.<sup>2)</sup> Het

<sup>1)</sup> STAR BUSMANN, no. 388.

<sup>2)</sup> Opgemerkt moge worden dat zulks niet geschiedt op grond van art. 48 Rv.; het beroep op de onbevoegdheid is een rechtsmiddel, en niet een rechtsgrond. Vgl. ook H.R. 8 Nov. 1912, W. 9420, N.J. 1913 blz. 6 en VAN ROSSEM t.a.p. ad art. 48, aant. 2. Vgl. ook hieronder § 13 onder a.



betreft hier een onderwerp van openbare orde, en de wetgever heeft gewild dat de rechter deze kwestie zelfstandig onderzoekt, ongeacht het standpunt van partijen. Evenzeer als in het geval, dat de bevoegdheidskwestie in eerste instantie in het geheel niet was aangeroerd, verplicht de wet den appelrechter deze vraag ambtshalve te onderzoeken, wanneer de eerste rechter hierover reeds een beslissing heeft gegeven, en partijen daarin hebben berust.

Heeft de lagere rechter in een tusschenvonnis de geldigheid eener overeenkomst aangenomen, en daarop bij eindvonnis de vordering toegewezen, dan zal, zelfs indien partijen in het tusschenvonnis hebben berust, de appelrechter deze beslissingen ambtshalve moeten voorbij gaan, indien hij de overeenkomst strijdig acht met de goede zeden.

Een overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak is krachteloos, en de rechter mag aan een dergelijke overeenkomst geen rechtsgevolgen verbinden, ongeacht de houding, welke partijen hieromtrent innemen.<sup>1)</sup>

Wanneer de eerste rechter, tegenover een ontkenning van gedaagde, heeft beslist, dat de eischer wel degelijk vruchtgebruiker is zooals deze had gesteld, dan moet in het algemeen de appelrechter hiervan uitgaan, indien partijen er in hebben berust, zelfs indien hij meent dat de aangevoerde bewijzen niet voldoende waren.

Zou echter de appelrechter oordeelen, dat aan den gestelden feitelijken toestand essentiële kenmerken van het recht van vruchtgebruik ontbreken, dan moet hij ambtshalve een op vruchtgebruik gebaseerde vordering ontzeggen,<sup>2)</sup> zelfs indien de eerste rechter in het interlocutoire vonnis, waarin is berust, heeft aangenomen dat eischer vruchtgebruiker is.

Stel dat de eerste rechter een vordering tot schadevergoeding, welke was gebaseerd primair op wanprestatie, en subsidiair op onrechtmatige daad, heeft ontzegt, na bij interlocutoir vonnis geoordeeld te hebben dat de gestelde feiten geen onrechtmatige daad opleveren, en bij eindvonnis, dat niet bewezen is dat gedaagde zich aan wanprestatie heeft schuldig gemaakt, en dat alleen van het eindvonnis hooger beroep is ingesteld; dan zal echter de appelrechter de vordering alsnog kunnen toewijzen op grond van onrechtmatige daad, indien hij de gestelde feiten wel bewezen acht, doch van oordeel is dat deze feiten geen wanprestatie, doch een onrechtmatige daad opleveren. De rechter moet immers, aan de hand van de bij dagvaarding gestelde feiten, de vordering toewijzen, indien deze feiten een toewijzing van het gevorderde rechtvaardigen, ongeacht de door partijen daartoe aangevoerde rechtsgronden,<sup>3)</sup> ongeacht ook de daaromtrent door partijen aangenomen houding.

<sup>1)</sup> Vgl. ook H.R. 15 Jan. 1932, W. 12399, N.J. 1932, blz. 285.

<sup>2)</sup> Vgl. H.R. 19 Febr. 1909, W. 8826.

<sup>3)</sup> Vgl. H.R. 16 Maart 1922, W. 10917, N.J. 1922, blz. 504, waarbij de vordering alleen was gebaseerd op wanprestatie, en de eerste rechter over een al of niet gegrond zijn op onrechtmatige daad geen beslissing had gegeven. Verwezen wordt voorts nog naar de volgende arresten: 12 Mei 1922, W. 10899 m.o. S.B.; N.J. 1922, blz. 787; 20 April 1923, W. 11079 m.o. S.B.; N.J. 1923,

Uitdrukkelijk worde er op gewezen, dat de appelrechter een interlocutoir vonnis, waarvan niet is geappelleerd, nimmer formeel mag *vernietigen*. In het algemeen zal hij ook gebonden zijn aan alle eindbeslissingen, welke in een dergelijk interlocutoir vonnis zijn neergelegd, met dien verstande, dat hij niet alleen geen onderzoek mag instellen naar de juistheid van die eindbeslissingen, maar hij ook zijn uitspraak moet geven, zich daarbij baseerend op de juistheid van die beslissingen. In de genoemde gevallen zal deze regel echter uitzondering lijden.

Het systeem van STAR BUSMANN, dat het beroep van een eindvonnis ipso facto het beroep van het daaraan voorafgaand interlocutoir vonnis en alle daarin vervatte beslissingen omvat, juichen wij ten zeerste toe. . . *de jure constituendo*. Met het stelsel van onze wet, zooals dat is neergelegd in de artt. 336 en 337 Rv., achten wij het echter in strijd. <sup>1)</sup>

De vraag dient nog te worden behandeld of de appelrechter ook dan is gebonden aan de eindbeslissingen, welke zijn neergelegd in het niet-beroepen interlocutoir vonnis, indien deze beslissingen in het eindvonnis, waarvan appel, zijn herhaald.

Wanneer men deze vraag ontkennend beantwoordt, dan is de moeilijkheid met één slag opgelost. Al moge het uitzondering zijn, dat een in het interlocutoir vonnis gegeven beslissing met zooveel woorden wordt herhaald, gewoonlijk zal men in het eindvonnis aantreffen de zinsnede: „Overnemende hetgeen in het in deze zaak gewezen tusschenvonnis is overwogen, hetgeen de Rechtbank als hier ingelascht wenscht te beschouwen”, of een dergelijke formule. Hierdoor worden alle beslissingen uit het interlocutoir vonnis herhaald in het eindvonnis. Stelt men zich derhalve op het standpunt, dat in het eindvonnis herhaalde beslissingen niet ipso facto aan het oordeel van den appelrechter zijn onttrokken, dan geldt dit, indien een stereotiepe formule als de genoemde is gebruikt, practisch voor alle in het interlocutoir vonnis vervatte eindbeslissingen.

Deze opvatting is zeer aantrekkelijk omdat daardoor de kwestie radicaal wordt opgelost, doch wij achten haar niet aanvaardbaar. De eindbeslissing is gegeven in het interlocutoir vonnis. Van dit vonnis is niet geappelleerd. Derhalve is die beslissing — in het algemeen althans — aan het oordeel van den appelrechter onttrokken, waaraan niet afdoet dat zij uitdrukkelijk in het eindvonnis, waarvan appel, is herhaald, of als herhaald moet worden beschouwd. <sup>2)</sup> Deze herhaling was trouwens voor den eersten rechter een overbodig iets, want de *eerste* rechter is, bij het wijzen van zijn eindvonnis, zonder twijfel gebonden aan de in het interlocutoir vonnis neergelegde eindbeslissingen. <sup>3)</sup>

Opgemerkt moge worden dat deze opvatting in de leer van den Hoogen

blz. 692; 28 Maart 1924, W. 11225; 4 Dec. 1924, W. 11318 m.o. S.B.; N.J. 1925 blz. 265; 15 Maart 1940 W. en N.J. 1940 no. 848.

<sup>1)</sup> Zie ASSER-ANEMA blz. 362—364.

<sup>2)</sup> Anders: Hof 's-Hertogenbosch 9 November 1926, N.J. 1927 blz. 894.

<sup>3)</sup> Vgl. hierboven blz. 76, en noot 4 op die bladzijde.

Raad zeer zeker niet aanvaardbaar is: de beslissing heeft volgens deze leer immers *kracht van gewijsde* verkregen, en deze kracht van gewijsde kan niet teloor gaan door een simpele herhaling.

Het voorafgaande meenen wij in de volgende stelling te kunnen neerleggen:

*Indien alleen van het eindvonnis is geappelleerd is de appelrechter gebonden aan alle in een voorafgaand interlocutoir vonnis vervatte eindbeslissingen, tenzij hij krachtens de wet verplicht zou zijn recht te doen in strijd met deze eindbeslissingen.*

De volgende moeilijkheid zou hierbij kunnen worden opgeworpen: wanneer de geheele procedure definitief is beëindigd heeft men twee uitspraken, welke in kracht van gewijsde zijn gegaan: het interlocutoir vonnis van den eersten rechter, en het eindvonnis of eindarrest van den appelrechter. Is de appelrechter in een der genoemde gevallen, — bijvoorbeeld op grond van art. 48 Rv. of art. 14 A.B. — afgeweken van een in het interlocutoir vonnis neergelegde eindbeslissing, dan zou men twee tegengestelde beslissingen hebben over eenzelfde twistpunt in een zelfde zaak. In het interlocutoir vonnis van den eersten rechter is bijvoorbeeld beslist dat de partijen een rechtsgeldig huwelijk hebben gesloten, en bij eindvonnis wordt dit huwelijk ontbonden verklaard. De appelrechter, aan wien het eindvonnis alléén ter beoordeeling is voorgelegd, stelt zich op het standpunt, dat er tusschen de partijen geen geldig huwelijk bestaat, en hij weigert op dien grond de gevraagde ontbinding. Aangenomen dat tegen deze laatste beslissing geen cassatie wordt ingesteld, dan is bij het formeel niet vernietigde interlocutoir vonnis van de Rechtbank beslist dat de partijen gehuwd zijn, terwijl bij het in kracht van gewijsde gegaan arrest van het Hof is uitgemaakt dat de partijen *niet* gehuwd zijn.

Hoewel deze opwerping theoretisch wellicht juist is meenen wij, dat zij practisch tot geen moeilijkheden kan leiden. In een nieuwe procedure zal op de beslissing van het interlocutoir vonnis geen beroep mogen worden gedaan, omdat deze haar kracht heeft verloren tengevolge van een beslissing van den appelrechter, *in dezelfde procedure* gegeven. Het is overigens een vraag, of deze kwestie, meer dan op de verbindende betekenis van het vonnis, niet betrekking heeft op de *bewijsrechtelijke betekenis* daarvan, welke ter vrije beoordeeling van den rechter staat.<sup>1)</sup>

Tenslotte moge nog het volgende worden opgemerkt: indien zoowel van het interlocutoir vonnis als van het eindvonnis is geappelleerd, heeft de appelrechter in beginsel het recht, in een beoordeeling te treden van alle beslissingen van den eersten rechter, onverschillig of zij zijn neergelegd in het eindvonnis of in het interlocutoir vonnis. Of de appelrechter zich van een oordeel van bepaalde eindbeslissingen moet onthouden hangt af van het appel, zooals dat door de partijen is afgebakend. Dit punt zal in paragraaf 13 worden behandeld.

<sup>1)</sup> Vgl. ASSER-ANEMA blz. 408 v.v.

*e. Geldig appel tegen één van meerdere interlocutoire vonnissen, vóórdat een eindvonnis is gewezen.*

Het behoort niet tot de uitzonderingen, dat de eerste rechter achtereenvolgens meerdere interlocutoire vonnissen wijst. In het eerste wordt bijvoorbeeld een getuigenverhoor gelast, en in het tweede een aanvullende eed opgedragen.

De tegenpartij van dengene, aan wien de aanvullende eed is opgelegd, zal het dan veelal op tactische gronden gewenscht achten in hooger beroep te gaan voordat de eed is afgelegd, doch hieraan zijn bezwaren verbonden. In verreweg de meeste gevallen zal het langer dan drie maanden geleden zijn dat het eerste interlocutoir vonnis, waarbij getuigenbewijs is gelast, werd gewezen. Tegen een interlocutoir vonnis kan echter slechts appel worden ingesteld hetzij binnen drie maanden nadat het werd gewezen, hetzij tegelijk met het eindvonnis<sup>1)</sup>. Bij het beroep van het tweede interlocutoir zal het, na verloop van drie maanden, derhalve niet mogelijk zijn tevens te appelleeren van het eerste interlocutoir vonnis,<sup>2)</sup> doch juist in dit eerste interlocutoir vonnis zullen de voornaamste eindbeslissingen omtrent diverse twistpunten zijn neergelegd. Deze zijn echter niet aan het oordeel van den appelrechter onderworpen. Het onderzoek in appel zal zich dus hoofdzakelijk moeten beperken tot de vraag, of er voldoende bewijs is geleverd voor het afleggen van een aanvullenden eed.

In de praktijk komt het betrekkelijk veel voor dat de appellant, die zich voornamelijk bezwaard gevoelt door de in het eerste interlocutoir neergelegde eindbeslissingen, in beroep komt van beide vonnissen. Het beroep tegen het eerste interlocutoir vonnis moet dan echter — aangenomen dat het méér dan drie maanden voor dien werd gewezen, hetgeen practisch wel steeds het geval is — niet ontvankelijk worden verklaard, ook indien de geïntimeerde de ontvankelijkheid niet heeft betwist. De bepaling van art. 339 1e lid Rv. is immers van openbare orde.<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> Aldus o.a. FAURE V blz. 87; VAN ROSSEM-CLEVERINGA blz. 554-555.

<sup>2)</sup> Dit leek tot voor kort de algemeen aanvaarde opvatting. Aldus o.a. de Hoven van 's-Gravenhage 3 Februari 1930, N. J. 1930 blz. 798; 's-Hertogenbosch 20 Mei 1930, N. J. 1931 blz. 171; 22 Januari 1935, W. 12899; 14 Mei 1935, N. J. 1935 blz. 1216; 21 Mei 1940, W. en N. J. 1941 no. 26; Arnhem 10 Juni 1931, N. J. 1931 blz. 1222.

Tijdens het afdrukken van deze bladzijden werd echter gepubliceerd het arrest van den Hoogen Raad d.d. 2 April 1943, W. en N. J. 1943 no. 317, blijk gevende van een andere opvatting. In denzelfden zin reeds H. R. 9 Mei 1940, W. en N. J. 1941 no. 62.

De opvatting van den Hoogen Raad moge in de praktijk aan verschillende bezwaren tegemoet komen, zij komt ons voor in strijd te zijn met de wet.

<sup>3)</sup> Aldus in het algemeen de jurisprudentie. Men zie de jurisprudentie, aangehaald in VAN ROSSEM-CLEVERINGA blz. 560, noot 3. Daarbij kan nog genoemd worden Hof 's-Hertogenbosch 21 Mei 1940, W. en N. J. 1941 no. 26; Hof Amsterdam 25 Juni 1942, W. en N. J. 1942 no. 715; aldus ook FAURE V blz. 83.

Anders VAN ROSSEM-CLEVERINGA blz. 559/60, en op blz. 560 in noot 2 aangehaalde jurisprudentie; STAR BUSMANN nos. 26 en 206.

Het appel zal dan dikwijls zeer onvruchtbaar zijn, en zich bepalen tot de vraag, of de aanvullende eed terecht is opgedragen. Wordt het tweede interlocutoir bevestigd, en de zaak teruggewezen naar den eersten rechter, dan zal er weliswaar later, wanneer de eerste rechter een eindvonnis heeft gewezen, gelegenheid zijn tegelijk daarmede van het eerste interlocutoir vonnis te appelleren,<sup>1)</sup> doch de procedure is dan gerekt en vertraagd, afgezien hiervan, of dit alles geen psychologischen invloed zal hebben, zoowel op de partijen als op den appelrechter.

Bovendien bestaat de mogelijkheid dat de appelrechter de zaak zonder terugwijzing afhandelt ingevolge art. 355, 2e lid Rv. Op de eindbeslissingen van het eerste interlocutoir vonnis kan dan nimmer worden teruggekomen.

Een oplossing zal somtijds hierin kunnen worden gevonden, dat de appelrechter uitspraak doet zonder met de interlocutoire beslissing van het eerste vonnis rekening te houden, ingevolge het adagium *l'interlocutoire ne lie pas le juge*, doch deze niet-gebondenheid geldt alleen voor de zuiver interlocutoire beslissingen, niet voor „eindbeslissingen”. Bevat het interlocutoir vonnis eindbeslissingen, dan is de appelrechter hieraan — vooralsnog — gebonden, en zullen alle bovengenoemde moeilijkheden, welke ontstaan indien alleen wordt geappelleerd van het eindvonnis, zich hier in dezelfde mate voordoen.

#### *f. Incidenteel appel.*

De vraag moet nog worden beantwoord of de geintimeerde, indien principaal alleen is geappelleerd van het eindvonnis, incidenteel kan appelleren van het interlocutoir. CLEVERINGA<sup>2)</sup> antwoordt hierop ontkennend, op grond van het afhankelijk karakter van het incidenteel appel. Formeel is voor deze opvatting veel te zeggen.

De rechtspraak is echter constant in zijn opvatting, dat de geintimeerde incidenteel kan appelleren van het interlocutoir vonnis, indien principaal alleen is geappelleerd van het eindvonnis.<sup>3)</sup> De Hooge Raad baseert deze opvatting op zwaarwichtige argumenten: <sup>4)</sup> in art. 337 B.W. is aan beide partijen het recht gegeven om van het interlocutoir vonnis in appel te komen tegelijk met het eindvonnis, ook al zijn meer dan drie maanden na het interlocutoir verstreken. Dit recht zou echter den geintimeerde ontnomen worden indien hij bij zijn incidenteel appel gebonden was door den omvang van het principaal appel. Er was geen reden om zelf in appel

<sup>1)</sup> Vgl. H.R. 21 Juni 1940, W. en N.J. 1940 no. 918.

<sup>2)</sup> VAN ROSSEM-CLEVERINGA, ad art. 339, aant. 4. Aldus ook DE PINTO II blz. 467 en adv.-gen. VAN MAANEN voor arrest 31 December 1886, W. 5390.

<sup>3)</sup> H.R. 11 November 1870, W. 3267; 30 December 1885, W. 5328; 31 December 1886, W. 5390; 10 December 1915, W. 9963; N.J. 1916 blz. 253.

Voor uitspraken van lagere colleges zie men VAN ROSSEM-CLEVERINGA blz. 558, noot 2.

<sup>4)</sup> Vermeld in het arrest van 10 December 1915, genoemd in de vorige noot, en de daaraan voorafgaande conclusie van den proc.-gen. NOYON.

te komen, omdat hij bij eindvonnis in het gelijk was gesteld, en dus bij appel geen belang had.

Dit belang is eerst ontstaan bij het door appellant instellen van hooger beroep van het eindvonnis, omdat vernietiging van het interlocutoir de voor hem nadeelige gevolgen van vernietiging van het eindvonnis kan voorkomen. Nu kan men zeggen dat degene, te wiens nadeele een interlocutoir is gewezen, maar aanstonds moet appelleren, maar dit zal veelal afstuiten op practische en tactische bezwaren, en bovendien kan de rechter bepalen dat het appel van het interlocutoir niet dan tegelijk met het eindvonnis mag worden ingesteld. Is dit geschied, dan kan de betrokkene niet in appel komen, omdat hij bij eindvonnis in het gelijk is gesteld, en bij appel dus geen belang heeft. De andere partij zal alleen van het eindvonnis in appel komen, omdat het interlocutoir te haren gunste is gewezen. Het appel van het interlocutoir zou dus volkomen zijn afgesneden.

De consequentie, dat een der partijen van het in artikel 337 B.W. gewaarborgd recht wordt beroofd, is echter onaannemelijk, zoodat art. 339 B.W. niet beperkt mag worden uitgelegd, en incidenteel beroep van het interlocutoir mogelijk is, ook al is principaal alleen van het eindvonnis geappelleerd.

Ongetwijfeld kan de opvatting, dat incidenteel appel tegen het interlocutoir vonnis mogelijk is, tegemoet komen aan de bezwaren, welke de gebondenheid aan de in het interlocutoir vonnis neergelegde eindbeslissingen medebrengt.

De aandacht moge er op worden gevestigd dat deze opvatting niet in strijd behoeft te worden geacht met de leer, dat eindbeslissingen in het interlocutoir bindend zijn, omdat deze kracht van gewijsde hebben verkregen. Deze leer zegt immers niet, dat de kracht van gewijsde intreedt na drie maanden, indien principaal niet van het interlocutoir is geappelleerd, doch dat deze kracht van gewijsde intreedt indien *in het geheel niet* van het interlocutoir is geappelleerd. Geheel los daarvan staat de vraag, of incidenteel appel nog mogelijk zou zijn geweest.

## § 12. PRAEPARATOIR EN EINDVONNIS.

Het beroep van een praeparatoir vonnis mag niet worden ingesteld dan gelijktijdig met het eindvonnis, zegt art. 336 Rv. Men vindt de vraag gesteld — en ontkennend beantwoord — of het hooger beroep van een praeparatoir vonnis in de praktijk nog eenigen zin heeft.

Het gebied van de praeparatoire vonnissen is ten sterkste ingekrompen. Eenerzijds beschouwt men verschillende vonnissen, welke nog kort geleden door den Hoogen Raad voor praeparatoir werden gehouden, thans als incidenteele vonnissen (zie hierboven § 3). Anderzijds wordt onderscheid gemaakt tusschen praeparatoire vonnissen en zoogenaamde rechterlijke bevelen of dicta ter rolle, onder welke laatste bijvoorbeeld

worden begrepen de dagbepaling voor een conclusie of een pleidooi, en welke volgens den Hoogen Raad in het geheel niet vatbaar zijn voor hoogere voorziening. <sup>1)</sup>

Volgens STAR BUSMANN is het beroep van een praeparatoir vonnis zonder eenig doel: „Welk nut heeft echter voorziening tegen een be-, „slissing, welke slechts een voorbereidend karakter draagt en niet den „minsten invloed op de zaak uitoefent? M.i. geen enkel. Het is voldoende, „dat het vonnis in de zaak zelve kan worden aangevallen. Vernietiging „daarvan wordt dan ook de voorwaarde geacht van de ontvankelijkheid „van het beroep tegen het praeparatoire vonnis (verg. H.R. 20 April „1916, W. 9992; 20 Nov. 1919, W. 10510). Maar als het eindvonnis ver-, „nietigd wordt is een uitdrukkelijk beroep tegen het praeparatoire vonnis „evenzeer zonder beteeckenis, juist omdat dit enkel de procedure regelde „ter voorbereiding van het alsnu vernietigde eindvonnis”. <sup>2)</sup>

CLEVERINGA gaat nog niet zoo ver in zijn conclusie, maar zijn opvatting komt op hetzelfde neer: „Het voorschrift van ons artikel heeft „tengevolge, dat hooger beroep in dezen in elk geval zelden te pas zal „komen, omdat na het eindvonnis veelal het appel van het praeparatoir „zonder eenig belang meer is; in hoever het inderdaad nog te pas zal „komen, hangt grootendeels af van het antwoord, dat men geeft op de „vraag, welke vonnissen praeparatoire vonnissen zijn”. In een noot teekent hij hierbij aan, dat het beroep van praeparatoire vonnissen een grootere rol speelt dan het verdient te spelen, omdat de rechtspraak sommige vonnissen praeparatoir acht, die het niet zijn, waarbij hij speciaal wijst op vonnissen tot toelating van de oproeping in vrijwaring. <sup>3)</sup>

Wij hebben er echter reeds op gewezen dat volgens SCHOLTEN de rechtspraak van den Hoogen Raad, dat dergelijke vonnissen praeparatoir zouden zijn, na zijn arrest van 15 Mei 1941 niet langer houdbaar is. <sup>4)</sup> Daarmede zullen waarschijnlijk ook volgens CLEVERINGA de gevallen, waarin een hooger beroep van praeparatoire vonnissen te pas komt, tot nihil zijn gereduceerd.

Gaat men hiervan uit, dan heeft een onderzoek van de vraag, welken invloed de verhouding van het praeparatoir vonnis tot het eindvonnis heeft met betrekking tot den omvang van het appel, geen enkele beteeckenis.

Het hooger beroep van een praeparatoir vonnis zal men o.i. echter niet geheel kunnen negeeren, en wel voor het geval dat het ook *eindbeslissingen* inhoudt. <sup>5)</sup> Wil men voorkomen dat deze eindbeslissingen voor den hoogereren rechter bindend worden, dan zullen deze uitdrukkelijk in

<sup>1)</sup> STAR BUSMANN no. 382; VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 46, aant. 3, noot 1, en ad art. 332, aant. 4; SCHOLTEN, annotatie ad H.R. 15 Mei 1941, W. en N.J. 1942 no. 35.

<sup>2)</sup> STAR BUSMANN no. 382.

<sup>3)</sup> VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 336, aant. 2.

<sup>4)</sup> H.R. 15 Mei 1941, W. en N.J. 1942 no. 35, m.o. P.S.

<sup>5)</sup> Vgl. b.v. H.R. 23 Febr. 1917, W. 10138; N.J. 1917 blz. 355.

het appel moeten worden betrokken, hetgeen echter niet mogelijk is zonder van het praeparatoir vonnis in zijn geheel te appelleeren.

Doet zich dit in de praktijk voor, dan zal hierop alles toepasselijk zijn hetgeen wij dienaangaande in de vorige § hebben opgemerkt.

### § 13. AFBAKENING VAN HET GESCHIL IN HOOGER BEROEP.

#### *a. Algemeene richtlijnen.*

In de voorafgaande §§ had het onderzoek naar den omvang van het appel betrekking op het geval, dat meerdere zelfstandige vorderingen waren ingesteld; dat naast de hoofdzaak een incidenteele of een provisioneele vordering was ingesteld, of dat de beslissing van den eersten rechter was neergelegd in meerdere vonnissen.

Thans komt de vraag aan de orde of, indien partijen slechts een deel van de beslissing, c.q. beslissingen, in een zaak door den eersten rechter gegeven, aan het oordeel van den appelrechter onderwerpen, deze aan een dergelijke beperking gebonden is. Of de beslissingen dan in één, dan wel in meerdere vonnissen zijn neergelegd, kan hier buiten beschouwing blijven.

De te behandelen stof is zeer onoverzichtelijk. De wet biedt geen of weinig steun. Herhaaldelijk komt men te staan voor uitzonderingen en afwijkende gevallen. De rechtspraak (wij beperken ons tot die van den Hoogen Raad) levert meerdere onduidelijke en tegenstrijdig lijkende beslissingen op. Toch lijkt het ons mogelijk een betrekkelijk eenvoudig systeem op te bouwen, dat, zooal niet geheel gebaseerd, dan toch geënt is op de jurisprudentie. Wij zullen eerst trachten eenige richtlijnen te geven, daaraan de rechterlijke uitspraken toetsen, en ten slotte nagaan tot welke conclusies dit leidt.

In § 1 zijn wij er van uitgegaan dat in het Nederlandsche recht het adagium *tantum devolutum quantum appellatum* rechtskracht heeft. Als hoofdregel willen wij op dien grond vooropstellen:

*De zaak, waarvan beroep, staat in het algemeen slechts in zooverre ter beoordeeling van den appelrechter, als zij door partijen aan diens oordeel is onderworpen.*

Intusschen hebben de partijen het niet steeds in hun macht het geschil, hetwelk in eerste instantie werd aanhangig gemaakt, onbeperkt aan den appelrechter voor te leggen. Het hooger beroep is in de eerste plaats ingesteld om op te komen tegen een onjuiste beslissing van den eersten rechter. Onze wet huldigt het beginsel van een rechtspraak in twee instanties. <sup>1)</sup> In het algemeen mag de appelrechter derhalve niet verder gaan

<sup>1)</sup> Een uitvloeisel van het beginsel, dat de rechtspraak geschiedt in twee instanties, is, dat de exceptieve verweren, welke in eerste instantie niet waren voorgedragen, in hooger beroep niet mogen worden opgeworpen (artt. 141 en 348, tweede lid, Rv.), en dat in hooger beroep geen nieuwe eisch kan worden gedaan, behalve in de uitdrukkelijk genoemde uitzonderingsgevallen (art. 348 Rv.).



bij het onderzoeken en beoordeelen van het geschil dan de eerste rechter gegaan is. Het *maximum*, waarover de appelrechter mag oordeelen, is in het algemeen datgene, waarover de eerste rechter reeds geoordeeld heeft.<sup>1)</sup> Heeft de eerste rechter de zaak nog niet ten principale onderzocht, doch slechts een tusschenvonnis gewezen waartegen is geappelleerd, dan mag in het algemeen — wederom moeten wij deze toevoeging inlasschen — de appelrechter geen uitspraak geven over de zaak ten gronde. In hoeverre hierop door de wet een uitzondering wordt gemaakt door het recht van evocatie en van prorogatie wordt hieronder uiteengezet in § 17.

Doch ook afgezien van deze beide rechten van evocatie en prorogatie is de appelrechter niet steeds gebonden aan dit maximum. Indien de eerste rechter heeft verzuimd over een deel van het gevorderde uitspraak te doen (bijvoorbeeld de veroordeeling in de proceskosten; de uitvoerbaarheid bij voorraad of bij lijfswang) zal de oorspronkelijke eischer, wiens vordering overigens werd toegewezen, het met de uitspraak geheel eens zijn, maar juist tegen deze omissie zal hij in appel komen, en de appelrechter zal over dit punt een uitspraak moeten geven, hoewel de eerste rechter daarover niet heeft beslist.

Vervolgens zij er op gewezen dat het appel niet uitsluitend is ingesteld om een beslissing van den lageren rechter aan te vallen, maar ook om door den appellant in eerste instantie gemaakte fouten te verbeteren en verzuimen te herstellen.<sup>2)</sup> Ook in deze gevallen zal het onderzoek van den appelrechter zich verder uitstrekken dan het genoemde maximum.

Gewoonlijk zal slechts één van de partijen zich door de beslissing van den eersten rechter bezwaard voelen, in welk geval alleen die in het ongelijk gestelde partij in hooger beroep zal komen, en daardoor den omvang van het appel zal begrenzen. Het is echter mogelijk dat ook de geïntimeerde zich niet door het beroepen vonnis bevredigd gevoelt, en zijnerzijds incidenteel appelleert. In dat geval wordt de omvang van het appel bepaald door het principaal en het incidenteel appel beide. Het schijnt overbodig dit op te merken, doch het is voorgekomen dat, toen de uitspraak van den eersten rechter zoowel voor den eischer als voor den gedaagde deels gunstig, deels ongunstig was uitgevallen, en eerstgenoemde appelleerde tegen de uitspraak voorzoover zijn conclusies niet waren toegewezen, hij de niet-ontvankelijkheid van het door den geïntimeerde incidenteel ingestelde appel opwierp. Hij motiveerde dit met het betoog, dat hij alleen geappelleerd had van de voor hem, appellant, ongunstige beschikkingen; dat de geïntimeerde alleen opkwam tegen

---

<sup>1)</sup> Vgl. CUCHE blz. 363.

<sup>2)</sup> Vgl. noot 3 blz. 93.

Daarentegen is het appel niet gegeven om aan de eischende partij, wier vordering in eerste instantie is toegewezen, de gelegenheid te geven haar vordering in te trekken: H.R. 12 Juni 1936, W. en N.J. 1936 no. 962.

de voor hem, appellant, gunstige beschikkingen, waartegen geen principaal appel was gericht, en dat, waar geen principaal appel bestaat, incidenteel appel niet ingesteld kan worden. Terecht oordeelde het Hof dat dit middel niet opging omdat, waar appel alleen bestaanbaar is indien en voorzover men in het ongelijk is gesteld, de verworpen opvatting er toe zou kunnen leiden dat incidenteel appel nooit zou kunnen worden ingesteld.<sup>1)</sup>

Om tot zijn uitspraak te komen, al is deze op zich zelf nog zoo eenvoudig, heeft de eerste rechter veelal meerdere beslissingen moeten nemen: hij heeft bijvoorbeeld diverse, door den eischer aangevoerde, argumenten moeten onderzoeken, of meerdere, door den gedaagde opgeworpen, excepties en verweermiddelen. Over verschillende kwesties heeft hij dan een oordeel moeten geven, waaraan niet afdoet dat zijn beslissingen wellicht niet in het dictum, maar alleen in de rechtsoverwegingen zijn neergelegd. De motiveeringen, op grond waarvan tenslotte in het dictum de ingestelde vordering eenvoudig wordt toe- of afgewezen — c.q. een bewijsslevering wordt gelast, of een andere tusschenuitspraak wordt gegeven — zullen dikwijls niet anders zijn dan een complex van afzonderlijke beslissingen over diverse twistpunten.

Het is mogelijk dat de appelleerende partij zich door al deze beslissingen benadeeld acht, maar het komt ook voor dat zij slechts tegen enkele beslissingen wenscht op te komen, en zich bij de overige wil neerleggen.

Misschien ook heeft de eerste rechter de vordering van den eischer gedeeltelijk toegewezen. De eischer, die tegen deze uitspraak gaat appelleren, zal dit slechts willen doen voorzover zijn vordering werd afgewezen. De gedaagde, die de uitspraak onjuist acht, zal daarentegen in de uitspraak willen berusten voorzover de vordering werd afgewezen, maar een vernietiging daarvan beoogen voorzover de vordering werd toegewezen.

Er kunnen derhalve verschillende oorzaken zijn op grond waarvan de appellant er belang bij heeft dat de uitspraak van den eersten rechter slechts gedeeltelijk door den appelrechter wordt vernietigd — namelijk voorzover hij daardoor benadeeld is —, en dat het geschil in de appelprocedure daartoe wordt afgebakend. Hij moet dit natuurlijk kenbaar maken. Op welke wijze kan hij zulks doen?

Het is in de eerste plaats de appeldagvaarding, welke aanwijst tegen welk vonnis of tegen welke vonnissen in hooger beroep wordt opgekomen. De appeldagvaarding zal echter zeer sober zijn geredigeerd, en met name niet aanduiden op welke gronden men zich door het aangevallen vonnis gegriefd gevoelt (vgl. art. 343 Rv.). In de appeldagvaarding wordt gewoonlijk gevraagd toewijzing, dan wel afwijzing of niet-ontvankelijk-

---

<sup>1)</sup> Hof 's-Hertogenbosch 7 November 1922, W. 11034; N.J. 1923, blz. 995.

verklaring van de oorspronkelijke vordering, met vernietiging van het vonnis, waarvan beroep. Als uit de appeldagvaarding eenige beperking is op te maken zal dit slechts een beperking zijn tot een of eenige van meerdere *vonnissen*, doch van een beperking met betrekking tot de in eerste instantie beoordeelde twistpunten zal als regel uit de dagvaarding niets blijken.

Hieruit volgt echter niet dat nu ook door de dagvaarding het geheele geschil aan het oordeel van den appelrechter wordt onderworpen. Bij de conclusie van eisch in hooger beroep, de memorie van grieven, zal de appellant uiteenzetten op welke gronden hij in hooger beroep is gekomen; uit deze memorie van grieven zal tevens blijken in hoeverre de appellant het geschil aan den appelrechter wil voorleggen. Door de appeldagvaarding en de memorie van grieven tezamen zal derhalve het geschil in hooger beroep worden afgebakend. De appeldagvaarding geeft aan tegen welke vonnis, of tegen welke vonnissen, wordt opgekomen, maar de memorie van grieven zal uiteindelijk van beslissende betekenis zijn ten opzichte van de vraag, in hoeverre de aangevallen uitspraak door den appelrechter moet worden onderzocht.

De jurisprudentie kent aan de memorie van grieven een zeer groote betekenis toe, zoo zelfs dat, indien in het geheel geen bepaalde grieven tegen het beroepen vonnis worden aangevoerd, het appel niet-ontvanke-lijk moet worden verklaard, <sup>1)</sup> en dat, indien een grief niet bij memorie van grieven, doch eerst bij pleidooi wordt opgeworpen, de appelrechter op die grief geen acht mag slaan. <sup>2)</sup>

Hierbij dient wel in het oog te worden gehouden — wij hebben er reeds op gewezen — dat het rechtsmiddel van hooger beroep ten doel heeft — binnen de door de partijen gestelde grenzen — een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak, van den rechtsstrijd van partijen, en niet uitsluitend een beoordeeling van de beslissing van den lageren rechter. Het is niet alleen ingesteld om op te komen tegen onjuiste beslissingen (of omissies) van den lageren rechter, maar ook om door partijen in eersten aanleg gemaakte fouten te verbeteren, en verzuimen te herstellen; <sup>3)</sup> de oorspronkelijke verweerder kan een nieuw principaal verweer inbrengen (art. 348 Rv.). De Hooge Raad heeft herhaaldelijk beslist dat het hooger beroep een nieuwe behandeling van het geding

<sup>1)</sup> Arresten van den Hoogen Raad van 17 Februari 1921, W. 10715 m.o. S.B.; N.J. 1921 blz. 462; 23 Mei 1924, N.J. 1924 blz. 862; 6 November 1925, W. 11448; N.J. 1925 blz. 1293; 30 Juni 1932, W. 12500; N.J. 1932, blz. 1410; 30 December 1932, W. 12664; N.J. 1933 blz. 511; 15 Juni 1934, W. 12946; N.J. 1934 blz. 1297; 29 December 1939, W. en N.J. 1940 no. 274 (implicite).

Deze opvatting wordt bestreden door STAR BUSMANN in zijn onderschrift in W. 10715, en door CLEVERINGA bij VAN ROSSEM-CLEVERINGA I blz. 520 v.v.

<sup>2)</sup> Arresten van den Hoogen Raad van 26 Juni 1903, W. 7942; 8 Januari 1915, W. 9815 m.o. J.W.M.; N.J. 1915 blz. 358; 17 December 1925, W. 11452; N.J. 1926 blz. 193.

<sup>3)</sup> Vgl. o.a. DE PINTO blz. 455; VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 348 Rv.; H.R. 19 Febr. 1915, N.J. 1915 blz. 535; H.R. 10 Juni 1927, W. 11705; N.J. 1927 blz. 1107; zie voorts kaartenboekje N.J. ad artt. 343—358 Rv.

ten doel heeft, zoodat, ook indien in eerste instantie reeds een getuigenverhoor heeft plaats gehad, de appelrechter een nieuw aangeboden getuigenbewijs niet mag weigeren. <sup>1)</sup> De Hooge Raad besliste in 1927 <sup>2)</sup> dat een stelling, welke in eerste instantie niet is tegengesproken, voor het eerst in hooger beroep mag worden ontkend, daar zulks het gevolg kan zijn van een verzuim. Het is dus mogelijk dat men tegen de beslissing van den eersten rechter, in zooverre deze is gewezen op grond van de hem bekende feiten, geen bezwaren heeft, doch dat men op grond van nader aan te voeren bewijs een andere beslissing wenscht. In dergelijke gevallen zal het dus niet noodig zijn, dat tegen het vonnis a quo bepaalde grieven worden voorgedragen. <sup>3)</sup>

De memorie van grieven (casu quo de memorie van incidenteel appel) neemt dus blijkens de jurisprudentie een overheerschende positie in. Men hoede er zich echter voor hieruit af te leiden, dat de taak van den appelrechter steeds is afgeloopen met het onderzoeken der bepaaldelijk aangevoerde *grieven*. Met opzet namen wij in de vooropgezette stelling de woorden „in het algemeen” op, om te doen uitkomen dat de regel geen onbeperkte strekking heeft. Door verschillende uitzonderingen en beperkingen wordt de hoofdregel in belangrijke mate ingeschrumpeld.

In de eerste plaats kunnen bepalingen van openbare orde dwingen te gaan buiten de door partijen in appel opgeworpen twistpunten. De bevoegdheid *ratione materiae* moet bijvoorbeeld ambtshalve onderzocht worden, ook indien het middel van onbevoegdheid in appel niet is voorgedragen (art. 156 Rv.). <sup>4)</sup> De nietigheid der dagvaarding, op grond dat deze niet door een bevoegden deurwaarder is beteekend, moet ambtshalve worden uitgesproken (art. 95 Rv.). <sup>5)</sup>

In de tweede plaats is daar artikel 48 Rv., dat den rechter een belangrijke taak oplegt. In verschillende arresten heeft de Hooge Raad beslist dat de rechter een vordering behoort toe te wijzen, indien de bij dagvaarding gestelde feiten toewijzing van het gevorderde rechtvaardigen, met volkomen vrijheid van de door partijen aangevoerde rechtsgronden af te wijken, en dat hij verplicht is van die vrijheid gebruik te maken als de

<sup>1)</sup> Arresten van 17 April 1903, W. 7914; 24 December 1909, W. 8954; 13 April 1911, W. 9181; 27 September 1918, W. 10344 m.o. O.B. de K.; N.J. 1918 blz. 1066; 20 Juni 1919, W. 10451; N.J. 1919 blz. 813; 24 Juni 1921, W. 10786 m.o. S.B.; N.J. 1921 blz. 956; 23 Maart 1923, W. 11085; N.J. 1923 blz. 730; 31 December 1925, W. 11453 m.o. S.B.; N.J. 1926 blz. 225; 16 December 1926, W. 11612; N.J. 1927 blz. 263 m.o. E.M.M.; 13 Juni 1930, W. 12153; N.J. 1930 blz. 1170. Vgl. hierover § 18.

<sup>2)</sup> 10 Juni 1927, W. 11705 m.o. S.B. N.J. 1927 blz. 1107 m.o. P.S. De aandacht wordt gevestigd op de beide onderschriften.

<sup>3)</sup> Aldus o.a. Hof Amsterdam 1 Februari 1929, N.J. 1929 blz. 414; idem 1 Juni 1939, N.J. 1939 no. 725.

<sup>4)</sup> Aldus ook H.R. 14 Juni 1912, W. 9361; vgl. ook H.R. 12 October 1911, W. 9268. Anders H.R. 10 Maart 1882, W. 4756.

Men zie echter H.R. 18 December 1936, W. en N.J. 1937 no. 587 m.o. E.M.M.

<sup>5)</sup> Voor andere gevallen zie men STAR BUSMANN no. 206.

aangevoerde gronden hem onjuist of onvolledig zijn gebleken. Eveneens moet de rechter een vordering afwijzen welke ongegrond is, al heeft de verweerder zich niet daarop beroepen. De regel geldt ook voor den appel-rechter, en dus ook deze moet alle rechtsgronden onderzoeken, al wordt slechts één van meerdere gronden, of een onjuisten grond, voor toe- of afwijzing der vordering aangevoerd.

Een belangrijk hulpmiddel lijkt artikel 48 Rv. voor het bepalen van den omvang van het appel, maar de hanteering ervan is uitermate moeilijk. Hierop uitvoerig in te gaan ligt buiten ons bestek; wij verwijzen dienaangaande naar de bestaande jurisprudentie en literatuur. Men stelle zich echter niet voor daarin een vraagbaak te vinden voor de praktijk. De eenige zekerheid, welke een bestudeering ervan geeft, is, dat het laatste woord over de toepassing van genoemd artikel nog niet is gesproken, hetgeen allerm minst als een depreciatie van de geschriften over dit onderwerp dient te worden beschouwd.

Enkele opmerkingen over artikel 48 Rv. zijn hier op haar plaats. De beslissing van den rechter moet in de eerste plaats zijn gebaseerd op feiten. De vraag komt onmiddellijk op met welke feiten de rechter rekening mag houden, en hoe deze ter zijner kennis moeten komen.

De stelling, dat een beslissing alleen mag gegrond zijn op ten processe als vaststaand aangenomen feiten, zal geen verdediging behoeven. Intuschen is hiermede slechts een negatieve omgrenzing gegeven: alleen op als vaststaand aangenomen feiten mag recht worden gedaan, doch daaruit volgt omgekeerd nog niet dat de rechter op alle vaststaande feiten steeds de daaraan door de wet toegekende rechtsgevolgen mag toepassen. Door de wet is voor sommige gevallen voorgeschreven dat bepaalde feiten buiten beschouwing moeten worden gelaten, indien op de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen niet uitdrukkelijk een beroep is gedaan, zooals b.v. verjaring (art. 1987 B.W.), de betrekkelijke onbevoegdheid (art. 154 Rv.) enz. <sup>1)</sup>

Ook hiermede is de vraag nog niet volledig beantwoord. De feiten zullen normaliter komen vast te staan indien deze door een der partijen of beide partijen zijn gesteld, en door de andere partij zijn erkend of niet weersproken, dan wel indien de rechter deze na betwisting wettelijk bewezen acht. Het is echter ook mogelijk dat feiten ten processe vaststaan zonder dat zij door een der partijen zijn gesteld. Een feit kan b.v. vaststaan op grond van eigen wetenschap van den rechter, <sup>2)</sup> of blijken uit geproduceerde akten en afgelegde getuigenverklaringen; een feit kan ook notoir zijn. De vraag is of de rechter met dergelijke feiten, welke door partijen niet zijn gesteld, en waarop zij geen beroep hebben gedaan, mag rekening houden.

Gedurende tientallen van jaren heeft men in artikel 48 Rv. een tegen-

<sup>1)</sup> Voor verdere voorbeelden zie men STAR BUSMANN no. 206.

<sup>2)</sup> Aldus ook H.R. 16 December 1938, W. en N.J. 1939 no. 829.

stelling gezien tusschen rechtsgronden en rechtsmiddelen, en men doet dit thans veelal nog. Rechtsgronden, heet het dan, moeten door den rechter ambtshalve worden aangevuld, maar rechtsmiddelen mag hij niet aanvullen.

Sedert een 40-tal jaren is echter een andere opvatting naar voren gekomen. Voorzoover ons bekend is KOKSMA de eerste geweest die de geschiedenis van het artikel heeft onderzocht.<sup>1)</sup> Het ontwerp van dit artikel luidde oorspronkelijk:

„De regters zullen hun beraadslagingen beginnen met een onderzoek van de daadzaken en daarna van het regt.

„De register zal van ambtswege de regtsgronden moeten aanvullen”.

Het eerste lid is na eenige beraadslagingen als nutteloos geschrapt.<sup>2)</sup>

Hieruit is op te maken, zoo redeneert KOKSMA, dat er in dit artikel geen tegenstelling wordt gemaakt tusschen rechtsgronden en rechtsmiddelen, maar tusschen *rechtsgronden* en *feitelijke gronden*.

De conclusies, welke hij hieruit, en mede op grond van oud-Fransch recht, trekt, zijn, dat in artikel 48 Rv. volstrekt geen algemeen verbod voor den rechter is neergelegd om ambtshalve rechtsmiddelen aan te vullen, maar wel een verbod om feitelijke gronden aan te vullen.<sup>3)</sup> Met de eerste conclusie willen wij ons gaarne vereenigen, maar de tweede gaat ons in zijn algemeenheid te ver.

Taalkundig zou men er tegen kunnen aanvoeren dat de tegenstelling van: de rechter zal of moet (rechtsgronden) aanvullen, is: de rechter *moet* (feitelijke gronden) niet aanvullen, doch niet: de rechter *mag* (feitelijke gronden) niet aanvullen. Aan dit argument mag echter geen groote waarde worden toegekend, omdat het hier niet gaat om de uitlegging van woorden, maar om het naspeuren van de bedoeling van de wet. Welnu, inderdaad zal men moeten aannemen dat in den oorspronkelijken tekst van art. 48 Rv. een tegenstelling is te zien tusschen de rechtsgronden en de feiten, en dat deze tegenstelling, ondanks het wegvallen van het eerste lid, is behouden. Daaruit de conclusie te trekken dat de rechter *nimmer* feiten mag aanvullen lijkt ons onjuist. De ontwerper is blijkbaar uitgegaan van het beginsel der lijdelijkheid van den rechter, en dit beginsel stond hem waarschijnlijk anders voor oogen dan hun, die thans het recht hanteeren (men neme slechts inzage van de diverse ontwerpen voor een gewijzigd Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, welke de laatste decennia zijn verschenen). Doch *absoluut* heeft ook hij dit

<sup>1)</sup> Mr. F. M. C. E. KOKSMA, „Art. 48 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering”, in R.M. 1905 blz. 257 v.v.

<sup>2)</sup> NOORDZIEK II 1827—1828 blz. 395 en 440. VAN DEN HONERT, blz. 198/199.

<sup>3)</sup> Aldus ook VAN DER VEEN, „Het aanvullen door den rechter van rechtsgronden en rechtsmiddelen”, W.P.N.R. 2578—2580; DE KANTER, „Rechtsgronden en rechtsmiddelen”, diss. Leiden 1928; BESIER in zijn conclusie vóór H.R. 25 Juni 1928, N.J. 1928 blz. 1241; blijkbaar ook SCHOLTEN, Algemeen Deel blz. 57, en PETIT blz. 8; de Hooze Raad in verschillende arresten, aangehaald door BESIER, N.J. 1928 blz. 1243 en N.J. 1929 blz. 1380.

beginsel geenszins opgevat, zooals blijkt uit verschillende bepalingen in de wet zelf, waarbij een ambtshalve ingrijpen van den rechter wordt toegestaan. <sup>1)</sup>

Bij genoemd artikel is de ontwerper er blijkbaar van uitgegaan dat het geschil door de partijen aan den rechter wordt voorgelegd, waaruit vanzelf volgt dat de feiten door de partijen aan den rechter worden voorgelegd, doch het is niet aan te nemen dat hem voor oogen heeft gestaan een absoluut verbod met feiten, welke door de partijen niet zijn gesteld, rekening te houden. Steun voor deze opvatting bieden verschillende procesrechtelijke bepalingen. Bij een verhoor op feiten en vraagpunten kan de rechter ook ambtshalve vragen stellen (art. 241 Rv.), en de conclusie ligt voor de hand dat, indien daarbij nieuwe feiten aan het licht komen, de rechter daarmee ook rekening mag houden. Het Hof of de Rechtbank kan ambtshalve een gerechtelijke plaatsopneming bevelen (art. 219 Rv.). Het is zeer goed mogelijk dat daarna op grond van feitelijke omstandigheden, welke door den rechter zelf zijn geconstateerd, doch waarop de partijen geen beroep hebben gedaan, een beslissing wordt gegeven. Zeer duidelijk spreekt zich het in 1923 ingelaschte artikel 19a Rv. uit: De rechter kan ambtshalve een comparitie van partijen bevelen tot het geven van inlichtingen, en bij de beslissing der zaak zal hij, met hetgeen door of namens de partijen wordt beweerd of geantwoord, zoodanige rekening houden als hij zal vermeenen te behooren. Het is niet aan te nemen dat hij zich hiermede zou moeten beperken tot de feiten, welke door de partijen zijn gesteld, of waarop zij een beroep hebben gedaan. Nog stelliger wordt de bevoegdheid, aan den rechter gegeven door het van 1934 dateerende artikel 828d Rv.: In alimentatiezaken mag de rechter bij verschillende instanties advies inwinnen, en daarop zijn uitspraak baseeren.

Intusschen nemen zoowel KOKSMA, die genoemde opvatting het eerst heeft ontwikkeld, als DE KANTER, die haar tot een van de grondslagen van zijn proefschrift heeft gemaakt, aan, dat — behoudens beperkingen — de rechter rekening mag houden met feiten, welke in het proces zijn gebleken, al zijn deze ook niet door partijen gesteld. <sup>2)</sup> Blijkbaar verstaan beiden onder het verbod tot het aanvullen der feiten derhalve niet een verbod om recht te doen op feiten, welke niet door partijen zijn gesteld,

<sup>1)</sup> De stelling wordt zelfs verdedigd dat de lijdelijkheid van den rechter niet als een wettelijk beginsel kan gelden. Vgl. PETIT blz. 31 v.v.

<sup>2)</sup> Op blz. 279 t.a.p. schrijft KOKSMA: „Hij (nl. de rechter) zal bij zijne beslissing ook niet in aanmerking mogen nemen andere feiten dan die, welke vaststaan in het proces enz.“, en in een noot: „Welke dit zijn (nl. deze vaststaande feiten) is eene vraag op zich zelf. Vroeger — men verg. b.v. de hiervoren aangehaalde citaten uit VOET en CARPZOVIVUS — eischte men daartoe niet, dat de feiten tevens door een der partijen gesteld moesten zijn, maar werd het voldoende geoordeeld, zoo zij maar bewezen waren; zoo ook bovengenoemd artikel 3184 Ontw. 1820. Ik zie geen reden, op dit punt thans veeleischender te zijn. Ook de zoogenaamde notoire feiten zal men m.i. hiertoe mogen rekenen“.

Vgl. ook DE KANTER blz. 82 en blz. 90 v.v.

en waarop zij geen beroep hebben gedaan, maar een verbod voor den rechter om zelfstandig, inquisitoriaal, evenals in het strafproces, op het onderzoek der feiten uit te gaan.<sup>1)</sup>

Evenals onder het aanvullen van rechtsgronden wordt verstaan het aanvullen van die gronden, waarop partijen geen beroep hebben gedaan, zal o.i. echter het aanvullen van feiten moeten beteekenen het recht doen op die feiten, waarop partijen geen beroep hebben gedaan. In dezen zin is echter, ook in den gedachtengang van KOKSMA en DE KANTER, de stelling, dat het den rechter verboden is feiten aan te vullen, onjuist.

De vraag is of de *feitelijke gronden* wellicht in dezen beperkten zin moeten worden verstaan, dat hieronder alleen vallen de feiten, waarop de eischer zijn vordering baseert of kan baseeren, of waaraan gedaagde een principaal verweer kan ontleenen. Waarschijnlijk is dit de opvatting van den Hoogen Raad. Deze verklaarde immers verschillende malen ongeoorloofd het aanvullen van een feitelijk verweer,<sup>2)</sup> doch niet verboden het putten van vermoedens uit een feit, zonder dat dit feit door partijen of een hunner is gesteld,<sup>3)</sup> het ontleenen van feiten, waaruit de juistheid van de aan den eisch ten grondslag gelegde feiten bleek, aan elke bron, zelfs aan eigen wetenschap van den rechter,<sup>4)</sup> en het zelfstandig gevolgtrekkingen maken uit geproduceerde contracten.<sup>5)</sup>

Ten aanzien van den eischer zal het genoemde verbod inderdaad gelden, doch dit behoeft niet uit artikel 48 Rv. te volgen, omdat het immers is neergelegd in de artikelen 5, 3de en 134 Rv. (vgl. ook art. 382 Rv.). Den eischer is het niet geoorloofd den feitelijken grondslag van zijn eisch te veranderen: a fortiori is het den rechter niet geoorloofd ambtshalve de vordering toe te wijzen op andere feitelijke gronden dan door den eischer zijn gesteld.<sup>6)</sup>

<sup>1)</sup> Vgl. DE KANTER blz. 91.

<sup>2)</sup> Zie noot 3 blz. 96.

<sup>3)</sup> Arr. 4 Februari 1916, W. 9950; N.J. 1916 blz. 457; 27 November 1942, W. en N.J. 1943 no. 35.

<sup>4)</sup> Arr. 16 December 1938, W. en N.J. 1939 no. 829. Vgl. ook H.R. 26 Juni 1925, N.J. 1925, 977.

<sup>5)</sup> Arr. 15 Maart 1940, W. en N.J. 1940 no. 848.

<sup>6)</sup> Intusschen volgt hieruit nog niet dat de rechter zich angstvallig moet vastklampen aan de in de dagvaarding gestelde feiten, zonder te mogen letten op punten van bijkomstig belang, welke in den loop der procedure aan het licht komen. Alleen aan de in de dagvaarding gestelde feitelijke gronden van *essentieel* belang is de rechter gebonden. Een vordering tot scheiding van tafel en bed, gegrond op overspel, mag niet worden toegewezen op grond van tijdens het geding gebleken kwaadwillige verklaring. Indien echter een vordering tot schadevergoeding wordt ingesteld wegens aanrijding door een auto, en in de dagvaarding is gesteld dat het spatbord van de auto in aanraking is gekomen met het beschadigde voorwerp, bestaat er niet het minste bezwaar tegen de vordering toe te wijzen, indien den rechter uit getuigenverklaringen blijkt, dat niet het spatbord, maar de treeplank het voorwerp heeft getroffen. De feitelijke grondslag, dat de schade werd veroorzaakt door de aanrijdende auto, wordt daardoor niet veranderd (vgl. Hof Amsterdam 1 April 1915, W. 9886). De Hooge Raad omschreef de grenzen, waarbinnen de feitelijke gronden mogen worden veranderd, aldus:

„O. dat het onderwerp van den eisch is het gevorderde in verband met die



Het verbod, in den bedoelden beperkten zin opgevat, zal derhalve practisch alleen ten aanzien van het verweer belang hebben. Indien het verbod aldus in artikel 48 Rv. is neergelegd zou met een ten processe gebleken feit, waarop geen beroep was gedaan, wel rekening mogen worden gehouden indien dit feit strekte tot bewijs van een gevoerd principaal verweer, doch niet indien in dit feit een voor gedaagde bevrijdende omstandigheid was gelegen, terwijl hij een desbetreffend principaal verweer niet had gevoerd.

Tot welke subtiële verschillen deze opvatting kan leiden moge blijken uit de twee volgende gefingeerde gevallen:

Een eischer, die aan gedaagde een som geld heeft geleend, vordert diens veroordeeling tot betaling der rente, verschuldigd over het tijdvak van 1 Juli 1941—30 Juni 1942. De gedaagde ontkent de rente verschuldigd te zijn, en beroept zich op kwijtschelding daarvan, doch slaagt er niet in deze te bewijzen. De schuldeischer ontkent de kwijtschelding, en brengt de opgemaakte schuldbekentenis in het geding. In deze schuldbekentenis treft de rechter de speciale clausule aan dat de rente, verschuldigd over de genoemde periode, eerst op 1 Juli 1943 behoeft te worden betaald. Hoewel hierdoor als vaststaande kan worden aangenomen dat de rente niet opeischbaar is, moet de vordering krachtens het voornoemde verbod niettemin worden toegewezen, omdat het rekening houden met de gebleken niet-opeischbaarheid de aanvulling van een feitelijk verweer zou zijn.

Verondersteld nu dat in hetzelfde geval de eischer op grond van wanbetaling der rente het geleende bedrag opvordert, en de gedaagde wederom als verweer voert dat hij de rente niet verschuldigd is op grond van kwijtschelding, dan kan thans de vordering wegens de bedoelde clausule wél worden afgewezen (aangenomen dat de uitspraak valt vóór 1 Juli 1943). In het eerste geval moet als de gestelde feitelijke grond van het verweer beschouwd worden: „de kwijtschelding van het gevorderde bedrag”. In het tweede geval is de feitelijke grond: „het niet in gebreke zijn met de betaling van vervallen rente”, doch hier mag voor het bewijs van dezen feitelijken grond een ander feit worden aangenomen dan door gedaagde is gesteld. Bevredigend is deze opvatting niet.

Het gestelde geval zal zich in de praktijk niet licht voordoen, omdat het onwaarschijnlijk is dat den gedaagde een dergelijke clausule ontgaat. Men denke echter aan de uitgebreide en ingewikkelde contracten, welke

---

in de dagvaarding gestelde feiten, waarop het ter beoordeeling van de gehoudenheid van den verweerder om aan de vordering gevolg te geven in het wezen der zaak aankomt;

dat uit dit laatste volgt, dat een eischer niet gebonden is aan elk feit, dat hij bij dagvaarding mocht hebben gesteld, maar hij alleen heeft te zorgen, dat hij zich houdt binnen de grenzen, waarbinnen zijne bij dagvaarding gevoerde beweringen, in haar geheel genomen, behooren geacht te worden den grond van zijn vorderingsrecht uit te maken”, (H.R. 29 December 1916, W. 10074; N.J. 1917 blz. 123).

den rechter veelvuldig worden voorgelegd, zooals verzekeringpolissen en dergelijke, waarbij het volstrekt niet is uitgesloten dat door een der partijen een speciale clause, welke voor haar van nut kan zijn, wordt over het hoofd gezien, en aan de omvangrijke huurkoopcontracten, waarin dikwijls onontwikkelde personen, zonder rechtskundigen bijstand voor den Kantonrechter procedeerende, verstrikt raken.

De regel, dat de rechter slechts rekening mag houden bij het geven van zijn beslissing met de feiten, waarop partijen zich beriepen, wordt ook wel beperkt tot rechtsfeiten.<sup>1)</sup> Volgens deze beperking zou o.i. een veel grootere categorie van niet-gestelde feiten aan de beoordeeling van den rechter zijn onttrokken. Men verstaat immers onder rechtsfeiten die feiten, waaraan het objectieve recht het ontstaan of teniet gaan van subjectieve rechtsgevolgen verbindt, waaronder dus ook vallen de feiten, welke tot rechtstreeksch bewijs van het aangevoerde feitelijke verweer kunnen strekken.

Hoewel er wellicht geen eenstemmigheid bestaat over de gevallen, waarin het den rechter geoorloofd is rekening te houden met ten processe gebleken feiten, waarop partijen geen uitdrukkelijk beroep hebben gedaan, zoo wordt toch algemeen aangenomen dat er dergelijke gevallen zijn.<sup>2)</sup> Wanneer partijen zich over die feiten niet hebben uitgelaten zal de rechter wel uiterst voorzichtig te werk moeten gaan. Het kan zijn dat een feit weliswaar vaststaat, doch dat het geen rechtsgevolg kan hebben omdat door een nieuw feit (waarvan ten processe niet is gebleken) er alle werking aan is ontnomen. In het geding is b.v. een akte, inhoudende een overeenkomst, overgelegd, doch partijen hebben er geen melding van gemaakt dat enkele bepalingen daaruit buiten werking zijn gesteld, of zijn gewijzigd bij een nadere overeenkomst. Het kan ook zijn dat een der partijen op eenig feit geen beroep heeft gedaan omdat zij van het daaruit voortvloeiende recht geen gebruik wenschte te maken.

Als regel zal recht moeten worden gedaan op de door partijen gestelde feiten. De taak van den rechter is gewoonlijk echter meeromvattend dan alleen het constateeren der feiten, het juridisch benoemen daarvan, en het vaststellen van het rechtsgevolg.<sup>3)</sup> Voordat de feiten kunnen worden gequalificeerd moet de rechter dikwijls vele tusschenbeslissingen nemen. Uit de den rechter voorgelegde feiten worden logische gevolgtrekkingen gemaakt, of wordt de bedoeling van partijen nagegaan; algemeene ervaringsregelen moeten worden toegepast; een waardeering der feiten

<sup>1)</sup> TIELEMAN, „Wat is het voorwerp van bewijs in het burgerlijk geding?“, in *Themis* 1925 blz. 219 v.v.; SCHELTEMA, *Bewijsrecht*, blz. 7.

<sup>2)</sup> STAR BUSMANN no. 205.

Voor een zeer sterk geval zie men *Rb. Amsterdam*, 12 Juni 1925, *N.J.* 1926 blz. 408: Een vordering tot echtscheiding werd ontzegd omdat der *Rechtbank bij navraag* was gebleken dat de partijen van Italiaansche nationaliteit waren.

<sup>3)</sup> Vgl. *DE KANTER t.a.p.* blz. 15; *SCHOLTEN, Algemeen Deel*, blz. 10—13.

moet worden gegeven. Indien de rechter een waardeering der feiten geeft zal het feitelijke dikwijls in het juridische vervloeien. Men denke bijvoorbeeld aan begrippen als billijk, goede trouw, strijd met de goede zeden, overmacht, schuld, en de zich wijzigende opvatting van den Hoogen Raad hieromtrent. Of de rechter een rechtsbeslissing of een feitelijke beslissing geeft zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld. Indien wordt uitgemaakt dat een bepaald feit inbreuk maakt op een bepaalde overeenkomst (bepaald niet als genus maar als species), dan is de qualificatie als wanprestatie o.i. feitelijk. De beslissing, dat de weigering om een verkochte zaak te leveren wanprestatie oplevert, is juridisch. Vooral wanneer de feiten een gecompliceerd geheel vormen kan het uitermate moeilijk worden het feitelijke van het juridische te scheiden. De opvatting hieromtrent kan zich trouwens in den loop der jaren wijzigen, zooals blijkt uit de beslissingen, waarbij in concreto een bepaalde daad als onrechtmatig wordt bestempeld, of waarbij wordt uitgemaakt dat den pleger der daad schuld treft.<sup>1)</sup>

Ten aanzien van de toepassing van artikel 48 Rv. zouden wij zeer in het algemeen willen stellen:

De rechter is in het algemeen bevoegd en verplicht ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Er zijn echter rechtsgronden, welke slechts op vordering van een der partijen mogen worden toegepast, zooals b.v. verjaring, gewijsde zaak enz. Deze rechtsgronden, welke de rechter niet ambtshalve mag toepassen, noemt men wel rechtsmiddelen. (Het begrip rechtsmiddel in dezen zin staat dan niet in tegenstelling met het begrip rechtsgrond, zooals in de onjuiste uitdrukking „rechtsgronden mogen wel, rechtsmiddelen mogen niet worden aangevuld”, maar het wordt hier gebezigd als een *onderdeel* van de rechtsgronden).<sup>2)</sup>

Onder het begrip „rechtsmiddelen” in dezen zin kunnen dan ook gebracht worden de bepalingen van procesrecht: immers deze mogen door den rechter in het algemeen niet ambtshalve worden toegepast, tenzij zij van openbare orde zijn.<sup>3)</sup>

Hoe men ook moge oordeelen over deze kwesties, hierover is men het in ieder geval eens: dat de rechter het objectieve recht moet toepassen, niet alleen als de partijen daarop een onvolledig beroep hebben gedaan, maar ook indien daarop een onjuist beroep, of in het geheel geen beroep, is gedaan.<sup>4)</sup>

Als regel mag slechts worden recht gedaan op door partijen *gestelde*

<sup>1)</sup> Vgl. SCHOLTEN, Algemeen Deel blz. 12.

<sup>2)</sup> Over het onjuiste van deze benaming zie men DE KANTER blz. 83—87.

<sup>3)</sup> Vgl. DE KANTER blz. 117; SCHELTEMA blz. 6.

Een fraai systeem kan men dit niet noemen. De terminologie, speciaal betreffende het woord rechtsmiddel, is zeer verward. Er zij op gewezen dat het woord bovendien nog een andere beteekenis heeft, n.l. de voorziening tegen een rechterlijke uitspraak (verzet, hooger beroep, cassatie, etc.). Vgl. DE KANTER blz. 37 v.v.

<sup>4)</sup> Vgl. SCHELTEMA blz. 5.

feiten. Het ambtshalve rekening houden met ten processe *gebleken* feiten, met notoire feiten, of met feiten welke den rechter uit eigen wetenschap bekend zijn, is in sommige gevallen mogelijk, in elk geval wanneer deze kunnen strekken tot bewijs van feiten, waarop de vordering of het gevoerde feitelijk verweer is gegrond.

Met deze losse opmerkingen over artikel 48 Rv. zijn wij eenigszins afgedwaald. De hanteering van dit artikel is echter voor ons onderwerp van groot belang, terwijl de moeilijkheden bij de toepassing in de appel-procedure veel sterker tot uiting komen dan in eerste instantie. Dáár kan het den rechter veelal onverschillig laten of hij een juridische dan wel een feitelijke beslissing geeft, omdat hij in beginsel kennis neemt van alles, wat door de partijen wordt aangevoerd, en wat in den loop der procedure blijkt. Het gevolg is dat de eerste rechter in zijn vonnis dikwijls het feitelijke met het juridische doorweeft, zoodat een vraag, welke in wezen een rechtsvraag is, tengevolge van de redactie van het vonnis door den appelrechter als een feitelijke moet worden aanvaard.<sup>1)</sup> Het is dus mogelijk dat de appelrechter door de redactie van een vonnis verhinderd wordt kennis te nemen van een bepaalde beslissing, waarvan hij eigenlijk krachtens art. 48 Rv. ambtshalve had moeten oordeelen ondanks het adagium *tantum devolutum quantum appellatum*. Méér dan in eerste instantie is het dus van belang in de appelprocedure te scheiden tusschen het feitelijke en het juridische.

Artikel 48 Rv. moge al een belangrijk hulpmiddel zijn bij het bepalen van den omvang van het appel, in de eerste plaats zijn het toch de partijen, die den omvang van het appel bepalen; de appelrechter moet zich afvragen welke vraagstukken de *partijen* aan hem hebben voorgelegd. Het is niet zijn taak voor haar argumenten op te gaan sporen welke noch in eerste instantie, noch in hooger beroep zijn aangevoerd. Zijn houding ten aanzien van argumenten, welke wél in eerste instantie zijn aangevoerd, doch in hooger beroep niet zijn herhaald, zal van omstandigheden afhangen. In het algemeen zal hij zich van een onderzoek hiervan krachtens het meergemeld adagium moeten onthouden. Wellicht kunnen zij ook door de houding van partijen als gedekt worden beschouwd.

Ten aanzien van den appellant zal dit wel steeds het geval zijn. Deze zal wel al zijn argumenten, welke door den eersten rechter zijn verworpen, opnieuw te berde brengen, behalve die, waarvan hij meent dat zij terecht zijn verworpen, of waarvan hij om andere redenen toch geen heil meer verwacht. De houding van den geïntimeerde wordt echter door andere factoren bepaald. Wanneer deze gelijk heeft gekregen zijn misschien toch verschillende van zijn argumenten door den eersten rechter ver-

<sup>1)</sup> Vgl. SEGERS „Enkele opmerkingen omtrent de beteekenis van schuld in art. 1401 B.W.’’, in Themis 1920; DE KANTER t.a.p. blz. 25 v.v.; SCHOLTEN, Algemeen Deel blz. 12; VAN PRAAG Themis 1925 blz. 187.

worpen, andere voorbijgegaan, maar in elk geval heeft zijn standpunt gezegevierd. Om zijnerzijds in hooger beroep te gaan van de beslissingen, waarbij zijn argumenten werden verworpen, daartoe had hij geen belang, en dus ook geen recht,<sup>1)</sup> omdat hij daardoor uiteindelijk niet is benadeeld. Nu zijn tegenstander hooger beroep heeft ingesteld dreigt het gevaar, dat de opvatting van den eersten rechter als onjuist zal worden verworpen. Hij heeft er dus belang bij opnieuw al zijn troeven uit te spelen. Moet hij daartoe incidenteel appelleren, of is het voldoende dat hij in zijn memorie van antwoord, c.q. bij zijn pleidooi, wederom een beroep doet op zijn verworpen of onbesproken gelaten argumenten? Tot deze vraag wordt de kwestie in de praktijk gewoonlijk teruggebracht.

De aandacht zij er ten slotte op gevestigd dat het veelal niet mogelijk is een proces in een aantal, los van elkaar staande, brokstukken te verdeelen, en een door den appellant aangevoerde grief te beoordeelen zonder rekening te houden met andere, daarmede in verband staande en in eerste instantie opgeworpen twistpunten. Vandaar dat de appelrechter dikwijls, teneinde de aangevoerde grieven volledig te kunnen beoordeelen, een onderzoek zal moeten instellen naar alles, wat daaromtrent door partijen in eerste instantie is opgeworpen, ook al is zulks in appel niet uitdrukkelijk herhaald. Van geval tot geval zal de appelrechter dan moeten onderzoeken wat aan zijn oordeel is onderworpen, wat de *strekking* is van het ingestelde appel.

#### *b. De jurisprudentie van den Hoogen Raad.<sup>2)</sup>*

I, 1841. In 1841 overwoog de Hooge Raad, in een zaak waarover verder niets werd gepubliceerd:

„Overwegende eindelijk ten aanzien van de schending van art. 339, in verband met art. 348 en 349 Rv., — vermits het vonnis van den eersten rechter, bij het arrest in appel geconfirmeerd, niet inhoudt de veroordeeling bij lijfswang, welke in appel is uitgesproken, en zulks zonder dat de verweerder in appel, op dat punt, incidenteel had geappelleerd, — dat zoodanig incidenteel appel

<sup>1)</sup> Vgl. o.a. H.R. 23 Mei 1913, W. 9517; N.J. 1913, blz. 753; H.R. 15 December 1916, W. 11055; N.J. 1917 blz. 82; H.R. 13 Januari 1939, W. en N.J. 1939 no. 687; Hof den Bosch 27 October 1925, W. 11560; Hof Leeuwarden 29 Juni 1927, W. 11792; Hof Amsterdam 29 October 1931, W. 12378; Hof 's-Gravenhage 3 October 1938, W. en N.J. 1939 no. 245; Hof Arnhem 17 Mei 1939, W. en N.J. 1940 no. 142; Hof Amsterdam 27 April 1939, W. en N.J. 1940 no. 40; Rb. Breda 6 October 1933, N.J. 1934 blz. 149; Rb. Dordrecht 5 Febr. 1936, W. en N.J. 1936 no. 798.

<sup>2)</sup> Wij beperken ons tot de gevonden uitspraken van den Hoogen Raad. Het is niet waarschijnlijk dat de volgende reeks *alle* beslissingen bevat welke de Hooge Raad over dit onderwerp heeft gegeven, doch zij geeft o.i. een voldoende inzicht in de opvattingen van ons hoogste rechtscollege.

De arresten zijn in chronologische volgorde geplaatst.

<sup>3)</sup> H.R. 4 Februari 1841, Ned. Regtspraak Brocx en Stuart dl. VII par. 22 blz. 116.

door den verweerder daarom niet bij name is ingesteld, omdat de eerste regter dien gevraagden lijfswang niet had afgewezen, maar geomitteerd had daarop uitspraak te doen, en dat de vordering, daartoe in appel gedaan, niet was een nieuwe vordering, maar de herhaling van dat, wat in eersten aanleg reeds was geeischt, en waarop de hoogere regter heeft beslist, invoege als de lagere regter had behooren te doen, niet op eigen gezag, maar op de uitdrukkelijke vordering aan den eenen, en wederspraak aan den kant der wederpartij”.

II, 1846. De rechtsstrijd van partijen liep o.a. over de verschuldigheid van een bedrag boven de aannemingsom bij het bouwen van een fabriek, wegens vermeerdering van dagloonen, bouwstoffen en veranderingen, die niet in het bestek waren begrepen. De Rechtbank te 's-Hertogenbosch <sup>1)</sup> oordeelde, dat deze aanneming als een daad van Koophandel moest worden beschouwd, doch dat het aangeboden getuigenbewijs ingevolge art. 1646 B.W. moest worden geweigerd. Het Hof <sup>2)</sup> oordeelde in tegenstelling tot de Rechtbank, dat de aanneming tot het bouwen van een fabriek een zuiver burgerlijke overeenkomst vormt, en niet kan gebracht worden onder art. 4, no. 4 W. v. K.; dat de geheele zaak bij het vonnis a quo echter is verklaard te zijn een handelszaak, in welke beschouwing beide partijen hebben berust, en welke voor hen *in casu* een rechtskundige waarheid is geworden, waaruit volgt dat *in casu* art. 1646 B.W. niet kan beslissen, omdat krachtens art. 1 W.v.K. het bewijs door getuigen in handelszaken altijd en in alle omstandigheden is toegelaten, waarna het Hof getuigenbewijs gelastte.

De Hooge Raad casseerde dit arrest <sup>3)</sup>, omdat het in rechten niet de vraag is hoe partijen eenig rechtspunt al dan niet opvatten, of daarin berusten, maar hoe het naar de wet moet worden opgelost, zoodat de rechter ingevolge art. 48 Rv. verplicht is ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, doch het niet opgaat dat de rechter zich zou moeten onderwerpen aan transacties of berusting van de partijen omtrent rechtsbeschouwingen, welke niet in de wet zijn gegrond.

III, 1851. In 1791 was voor het toenmalige hoofdgerigt te Roermond een akte van rente-constitutie gerealiseerd geworden van een hoofdsom van 325 pattacons, zonder verdere evaluatie, tegen een jaarlijkschen interest van 4% ten behoeve van den auteur van eischers, en ten laste van den auteur van gedaagde.

In 1834 werd van deze gevestigde rente een nieuwe titel opgemaakt, waarbij de auteur van gedaagde verklaarde den auteur van eischers schuldig te zijn een oneischbare som van 250 pattacons, doende salvo

<sup>1)</sup> 24 Januari 1845, W. 661.

<sup>2)</sup> Provinciaal Gerechtshof in Noord-Brabant, 24 Juni 1845, W. 658.

<sup>3)</sup> H.R. 22 Mei 1846, W. 720.

errore 1000 franken, zijnde het restant van het oorspronkelijke kapitaal.

Toen in 1846 de gedaagde, ter voldoening van de achterstallige rente over 6 jaar, aanbod 60 pattacons, betaalbaar met  $f$  96,— Nederlandsche munt, weigerde eischer dit aanbod, als zijnde de pattacon te laag berekend, en vorderde hij voor de Rechtbank te Roermond de achterstallige rente en de hoofdsom in Nederlandsche munt, de pattacon berekend tegen  $f$  1,90 $\frac{3}{4}$ . Na een debat van partijen over de waarde van den pattacon, waarbij de gedaagde stelde dat deze in Oostenrijksch Gelderland steeds een denkbeeldige munt is geweest, en te Roermond sedert onheuglijke jaren werd berekend tegen  $f$  4,— Cleefsch, doende  $f$  1,60 Nederlandsch, oordeelde de Rechtbank, op grond van het Geldersch land- en stadrecht en verschillende plakaten, dat de waarde van den pattacon veel hooger was dan zooals deze door den eischer was berekend, zoodat diens vordering kon worden toegewezen.

Het Provinciaal Gerechtshof in Limburg <sup>1)</sup> oordeelde dat, wat er ook mocht zijn van het al dan niet denkbeeldige van den pattacon, en omtrent de waarde, daaraan door verschillende plakaten toegekend, dit alles in casu geen punt van onderzoek behoefde uit te maken, omdat de schuldeischer en de schuldenaar, bij het verlijden van den nieuwen titel in 1834, de waarde uitdrukkelijk bepaald en in thans nog gangbare munt hadden herleid, zoodat, waar de waarde van den frank bij artikel 15 der Wet van 28 September 1816 is bepaald op 47 $\frac{1}{2}$  cent, de waarde van den pattacon gelijk moest worden gesteld met  $f$  1,89 Nederlandsche munt; dat het aanbod van gedaagde derhalve niet voldoende was geweest, en eischer terecht de hoofdsom had opgeëischt, waarna de vordering werd toegewezen tot een iets minder bedrag dan was gevorderd, nl. den pattacon berekend tegen  $f$  1,89.

In cassatie werd geklaagd o.a. dat het Hof, in strijd met de litis-contestatie van partijen, de beslissing had afhankelijk gemaakt van eene ten processe vermelde acte *récognitif*, doch de Hooge Raad verwierp het beroep omdat het Hof de vordering op andere gronden had beslist, en derhalve art. 48 Rv. juist had toegepast. <sup>2)</sup>

IV, 1881. Door de Rechtbank werd een door gedaagden opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid, hierop gegrond, dat in de middelen der dagvaarding onvermeld was gelaten de overeenkomst, welke de eischer bij het petitum geexpireerd verklaard wenschte te hebben, verworpen, doch de ingestelde vordering werd ontzegd.

Toen in hooger beroep de geintimeerden opnieuw de ontvankelijkheid van den eisch bestreden, oordeelde het Hof dat hun desbetreffende beschouwingen buiten onderzoek moesten blijven, omdat zij niet incidenteel hadden geappelleerd. Het Hof verklaarde den appellant niet-ontvankelijk

<sup>1)</sup> P.G. in Limburg 31 December 1849, W. 1088.

<sup>2)</sup> H.R. 4 April 1851, W. 1249.

in zijn beroep „voorzoover zijn vordering door den eersten rechter was ontvangen”, vernietigde het vonnis en wees de vordering toe. <sup>1)</sup>

In cassatie betoogden de oorspronkelijke gedaagden dat het Hof, omdat door het onbepaalde appel van appellant de geheele zaak ter cognitie van het Hof gedevolveerd was, ook de gansche zaak had moeten onderzoeken, en ten onrechte uit de stelling, dat de appellant niet kon worden ontvangen in zijn beroep voorzoover het vonnis a quo hem voordeelig was, heeft afgeleid, dat de niet incidenteel appelleerende geintimeerden niet gerechtigd waren in hooger beroep de ontvankelijkheid van den eisch te bestrijden.

De Hooge Raad overwoog echter dat, de geintimeerden in hooger beroep niet hebbende geappelleerd van het vonnis voorzoover het hun nadeelig was, zij ook niet gerechtigd waren de ontvankelijkheid van den eisch te bestrijden. <sup>2)</sup>

V, 1915. HILBRINK vordert tegen BOOGAERT de ontbinding van een gesloten huurovereenkomst. De gedaagde werpt de exceptie van onbevoegdheid op, en beroept zich verder op de niet-ontvankelijkheid der vordering omdat de huurovereenkomst reeds in der minne zou zijn ontbonden, ten bewijze waarvan zij een brief van eischer in het geding brengt. Deze volhardt daarop bij zijn vordering, ter weerlegging van genoemd verweer op zijn beurt twee brieven van gedaagde produceerende, en verzoekt een verhoor op vraagpunten, biedt getuigenbewijs en een aanvullenden eed aan, en draagt subsidiair aan gedaagde een beslissenden eed op, welken deze aanneemt.

De kantonrechter verwerpt de exceptie van onbevoegdheid, laat het beroep op de niet-ontvankelijkheid der vordering onbesproken, wijst het verzoek tot verhoor op vraagpunten af, passeert eischers aanbod tot bewijzlevering en tot aflegging van een aanvullenden eed, en legt aan gedaagde den beslissenden eed op.

De eischer HILBRINK gaat in appel en voert, onder vooropstelling in zijn memorie van grieven van de onjuistheid van gedaagdes beroep op de overeengekomen ontbinding, als eenige grief aan dat de kantonrechter hem niet den aanvullenden eed heeft opgedragen, waarna de geintimeerde, volhardend bij haar voornoemd verweer, appellants grief bestrijdt en concludeert tot bevestiging van het vonnis.

De Rechtbank overweegt dat de grief van appellant niet betreft die gedeelten van het vonnis, waarbij de exceptie van onbevoegdheid is verworpen, het verhoor op vraagpunten is afgewezen, en eischers bewijzaanbod is voorbijgegaan, zoodat het beroep ten aanzien van die gedeelten niet ontvankelijk is; onderzoekt vervolgens het door geintimeerde in eerste instantie gedaan beroep op de door partijen overeengekomen ont-

---

<sup>1)</sup> Hof Leeuwarden, 15 September 1880, W. 4549.

<sup>2)</sup> 10 Juni 1881, W. 4648.



binding, oordeelt dit beroep gegrond en verklaart den appellant niet-ontvankelijk in zijn oorspronkelijken eisch.

In cassatie voert HILBRINK aan dat, hoewel BOOGAERT in hooger beroep heeft geconcludeerd tot bevestiging van het vonnis a quo, de Rechtbank recht heeft gedaan alsof door BOOGAERT incidenteel appel was ingesteld, en dus, in strijd met de wet, een niet door partijen aangevoerd rechtsmiddel heeft toegepast. De Hooge Raad overweegt hieromtrent:

„dat de Rechtbank — na feitelijk te hebben vastgesteld, dat het door de gedaagde in eersten aanleg gevoerde verweer, berustende op de ontbinding der huurovereenkomst bij onderling goedvinden van partijen, in appel door beide partijen was behandeld en dat daarbij de geintimeerde dit verweer had gehandhaafd met een beroep op de tusschen partijen gewisselde brieven, — den inhoud dezer brieven, die tusschen partijen was onbetwist, heeft onderzocht en voorts verklaard daarin, met geintimeerde, niet anders te kunnen zien dan een buitenwerkingstellen der gesloten huurovereenkomst, enz.

dat de Rechtbank vervolgens heeft overwogen: „dat, waar dus de bestaan hebbende overeenkomst door partijen reeds buiten werking is gesteld, ontbinding daarvan in rechte en wegens wanbetaling der huurpenningen, tot hoedanige betaling, die niet meer bestaande overeenkomst geintimeerde niet langer verplichtte, niet gevorderd kon worden”, en daarna, op dien grond, den appellant niet ontvankelijk heeft verklaard in zijnen oorspronkelijken eisch;

dat hieruit blijkt, dat de Rechtbank zich er toe heeft bepaald om de juistheid te onderzoeken van de voormelde door de nu verweerster in eersten aanleg gevoerde en in hooger beroep gehandhaafde verwerping tegen den grondslag der vordering, en, na bevinding dat die verwerping op feitelijk juiste grondslag berustte, en dat alzoo door de herroeping van partijen de huurovereenkomst, waarop de vordering des eischers gegrond was, reeds ontbonden was, op dezen en andere aan de wet ontleende gronden den eischer niet-ontvankelijk heeft verklaard in zijne vordering tot ontbinding van die overeenkomst, waardoor de Rechtbank niet heeft toegepast een niet door partijen aangevoerd *rechtsmiddel*, maar slechts de *rechtsgronden* heeft aangevuld, zooals art. 48 Rv. haar voorschrijft ambtshalve te doen”;

Voor een juiste beoordeeling van dit arrest zal de beslissing der Rechtbank moeten worden ontleed. De ingestelde vordering tot ontbinding werd niet-ontvankelijk verklaard omdat de overeenkomst reeds was ontbonden. Dit is weliswaar een toepassing van een rechtsgrond, maar om daartoe te geraken was eerst een andere beslissing noodig, n.l. *dat uit de geproduceerde correspondentie bleek dat de ontbinding bij onderling goedvinden had plaats gehad*. Deze laatste beslissing kan zeer zeker niet de

<sup>1)</sup> H.R. 26 Maart 1915, W. 9856, m.o. J.W.M.; N.J. 1915 blz. 682.

toepassing van een rechtsgrond genoemd worden, maar is een uitspraak omtrent de juistheid van een feitelijken grond.

Alleen wanneer ten processe rechtens vaststond dat de huurovereenkomst reeds was ontbonden kon de appelrechter, met toepassing van art. 48 Rv., beslissen, dat op dien grond de ingestelde vordering niet-ontvankelijk moest worden verklaard. Hiervan was echter nog geen sprake. In eerste instantie had de gedaagde zulks betoogd, en tot staving daarvan een brief in het geding gebracht; de eischer betwistte echter deze stelling, zijnerzijds een paar brieven overleggend. De kantonrechter sprak zich over de kwestie in het geheel niet uit. In appel handhaafde ieder der partijen haar opvatting. Van een rechtens vaststaan van de stelling, dat de overeenkomst bij onderling goedvinden was ontbonden, kon dus nog geen sprake zijn; daartoe was een uitspraak van den rechter noodig.

Toen de appelrechter de vordering tot ontbinding der gesloten overeenkomst niet-ontvankelijk verklaarde, omdat de overeenkomst reeds bij onderling goedvinden was ontbonden, deed hij dus méér dan een rechtsgrond aanvullen: hij gaf een uitspraak over het twistpunt van partijen, welke beteekenis aan de geproduceerde brieven moest worden gehecht, en dit was een feitelijke beslissing (vgl. ook de zinsnede in de overwegingen van den Hoogen Raad: „na bevinding dat die verwerping op feitelijk juiste grondslag berustte....”).

De omvang van het appel in deze zaak kan dus niet worden bepaald aan de hand van artikel 48 Rv., althans niet uitsluitend. In de eerste plaats moet worden nagegaan of de Rechtbank mocht onderzoeken of de overeenkomst reeds bij onderling goedvinden was ontbonden.

Aan de Rechtbank was in appel de vraag voorgelegd, of de kantonrechter al dan niet terecht eischers aanbod tot het afleggen van een aanvullenden eed was voorbijgegaan. Welke argumenten de eischer, later appellant, hiertoe aanvoerde blijkt niet precies uit het arrest, maar in elk geval had hij in zijn memorie van grieven vooropgesteld de onjuistheid van het beroep van geintimeerde op de ontbinding der huurovereenkomst tengevolge van de geproduceerde briefwisseling, en ook afgezien daarvan is het duidelijk dat, wanneer den rechter de vraag wordt voorgelegd of een aanvullende eed moet worden opgedragen, hij kennis moet nemen van alle argumenten, welke door ieder der partijen voor haar standpunt zijn aangevoerd. Tengevolge van deze, door appellant aangevoerde, grief was de Rechtbank dus verplicht na te gaan, welke beteekenis aan de gevoerde correspondentie moest worden gehecht. Hieruit tot de conclusie komende dat het huurcontract door onderling goedvinden was beëindigd kon de Rechtbank, ingevolge art. 48 Rv., ambtshalve de vordering niet-ontvankelijk verklaren.<sup>1)</sup>

---

<sup>1)</sup> De Proc.-Gen. NOYON had tot vernietiging van het vonnis geconcludeerd, omdat de geintimeerde niet, door zijnerzijds incidenteel te appelleren, tot niet-ontvankelijkverklaring der vordering had geconcludeerd. Vgl. hieromtrent hetgeen hierboven blz. 95 v.v. is opgemerkt.

Volgens de nieuwere opvatting van den Hoogen Raad kan de geïntimeerde al zijn in eerste instantie aangevoerde verweren herhalen zonder incidenteel te appelleren, althans die weren, welke met het ingestelde appel verband houden. <sup>1)</sup> De moeilijkheid in dit geval was echter, dat de geïntimeerde weliswaar zich opnieuw op de onderlinge ontbinding der overeenkomst had beroepen, maar niettemin had geconcludeerd tot bevestiging van het vonnis, waarbij een beslissende eed was opgedragen.

VI, 1915. Een verhuurder vorderde ontbinding der overeenkomst van verhuring eener veilingzaal wegens wanprestatie, welke zou voortvloeien uit twee handelingen van den huurder, nl. 1ste: het gebruik van het gehuurde anders dan als een goed huisvader volgens de bestemming, door het laten binnenrijden van zwaar geladen, met paarden bespannen wagens, en 2de: het heffen van entree van bezoekers van in het gebouw gehouden veilingen, zulks in strijd met de overeenkomst.

Het laatste achtte de Rechtbank niet in strijd met de overeenkomst, doch op grond van het niet gebruiken van het lokaal als een goed huisvader werd de vordering toegewezen.

Nadat gedaagde hiertegen in appel was gekomen overwoog het Hof niet te kunnen onderzoeken, of het heffen van entree in strijd was met de overeenkomst, daar tegen deze beslissing door geen der partijen appel was ingesteld, doch het vonnis werd vernietigd en de vordering ontzegd omdat het laten binnenrijden van met paarden bespannen vrachtwagens geen wanprestatie opleverde.

Cassatieberoep, ingesteld op grond dat het Hof het geheele geschil niet had onderzocht, werd verworpen, omdat tegen de beslissing, dat niet gehandeld was in strijd met de overeenkomst, geen appel was ingesteld, zoodat het Hof dit deel van de beslissing niet had te beoordeelen. <sup>2)</sup>

De beslissing, dat het heffen van entree niet in strijd was met de overeenkomst, werd dus niet onderzocht omdat geen der partijen daartegen appel had ingesteld. De vraag dringt zich onmiddellijk op welke partij daartegen had moeten appelleren, en op welke wijze. De gedaagde-huurder kon het niet doen, want de beslissing was in zijn voordeel gegeven. De eischer-verhuurder kon er niet principaal tegen appelleren. Weliswaar was de beslissing op zich zelf in zijn nadeel geweest, maar zijn vordering was toegewezen; hij was door die beslissing dus niet bezwaard, had er geen belang bij in appel te gaan en kon dus ook niet in appel gaan. <sup>3)</sup> Belang voor hem in een wijziging dezer beslissing zou eerst ontstaan wanneer het Hof, na appel van den gedaagde-huurder, zou oordeelen dat het laten binnenrijden der wagens geen wanprestatie opleverde. Voorwaardelijk had de geïntimeerde dus incidenteel kunnen appelleren. <sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> Zie hieronder blz. 135 v.v.

<sup>2)</sup> H.R. 18 Juni 1915, W. 9863; N.J. 1915 blz. 908.

<sup>3)</sup> Dit is vaste jurisprudentie. Zie noot 1 blz. 103.

<sup>4)</sup> Vgl. de noot van TAVERNE in N.J. 1925 blz. 984; Hof Leeuwarden 9 October 1931, N.J. 1932 blz. 713.

De beslissing, dat het heffen van entree niet in strijd was met de overeenkomst, was feitelijk. De Rechtbank had immers niet uitgemaakt, dat het toegang verleen van het publiek tot het gehuurde tegen entree in strijd is met een huurovereenkomst in het algemeen (in dat geval zou het Hof de beslissing ambtshalve aan het recht hebben mogen toetsen), doch niet in strijd met de voorwaarden der in casu gesloten overeenkomst. Ingevolge art. 48 kon het Hof dus geen onderzoek instellen.

VII, 1922. Een sigarenhandelaar kocht een partij sigaren, welke in een pakhuis van een derde waren opgeslagen. De verkooper gaf voor dat de sigaren waren verzekerd te zijnen name, waarna partijen overeenkwamen dat de kooper de kosten der verzekering zou dragen. Nadat de sigaren door een brand waren vernietigd bleek, dat de sigaren niet waren verzekerd, althans dat de verkooper de verzekering had laten verlopen, op grond van welke feiten de kooper ontbinding der overeenkomst met schadevergoeding, althans schadevergoeding zonder ontbinding, vorderde.

De Rechtbank oordeelde dat de verkooper volgens het contract verplicht was de sigaren te verzekeren en verzekerd te houden, en wees den eisch tot ontbinding met schadevergoeding toe. De gedaagde voerde hiertegen in appel aan dat hij niet volgens de overeenkomst gehouden was voor de verzekering te zorgen, zoodat hij zich niet aan wanprestatie had schuldig gemaakt, en de vordering dus moest worden afgewezen. Het Hof oordeelde met den appellant dat deze niet krachtens de overeenkomst gehouden was voor de verzekering te zorgen, zoodat de veroordeeling, voorzoover gegrond op wanprestatie, werd vernietigd. Het Hof overwoog echter dat de verkooper, die had medegedeeld dat de sigaren verzekerd waren, zich aan een onrechtmatige daad had schuldig gemaakt door, zonder den kooper te waarschuwen, de verzekering te laten verlopen; dat weliswaar de eischer zijn vordering niet had gebaseerd op artikel 1402 B.W., doch, nu de gestelde feiten een dergelijke vordering wettigen, de subsidiaire vordering tot schadevergoeding moest worden toegewezen.

Cassatieberoep werd verworpen op grond, dat de rechter ambtshalve gehouden is de rechtsgronden aan te vullen. <sup>1)</sup> De Hooge Raad overwoog:

„dat . . . het Hof terecht heeft beslist, dat indien de bij dagvaarding gestelde feiten toewijzing van het daarbij gevorderde rechtvaardigen, de rechter die vordering behoort toe te wijzen, met volkomen vrijheid, zich los te maken van de rechtsgronden, door den eischer of door partijen aangevoerd, een vrijheid, die hij, als de aangevoerde rechtsgronden hem gebleken zijn onjuist of onvolledig te zijn, naar art. 48 Rv. zelfs niet mag ongebruikt laten”.

De aandacht wordt er op gevestigd dat, anders dan in het voorgaande geval, de feiten ter beoordeeling aan het Hof waren voorgelegd.

<sup>1)</sup> H.R. 16 Maart 1922, W. 10917; N.J. 1922 blz. 504.

VIII, 1923. Een jaar later gaf de Hooge Raad een gelijke uitspraak, waarbij de juridische qualificaties juist omgekeerd lagen. De eischer beklagde zich over niet voldoening door de wederpartij aan een overeenkomst, en vorderde schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, welke vordering de Rechtbank toewees. In hooger beroep stelde de gedaagde-appellant dat de gestelde feiten wel opleverden wanprestatie, doch geen onrechtmatige daad, en vorderde hij vernietiging van het vonnis a quo, en afwijzing der vordering, waarin het Hof hem volgde. De Hooge Raad casseerde dit arrest wegens schending van art. 48 Rv., daar het Hof zelfstandig had moeten onderzoeken of de gestelde feiten toewijzing der vordering rechtvaardigden, los van de door partijen daaraan gegeven rechtskundige benamingen. <sup>1)</sup>

IX, 1924. De JONG, stellende dat hij met gedaagde, een exportslagerij, voor gemeene rekening heeft gehandeld, vordert o.a. het saldo, hem toekomende volgens een staat, opgemaakt na de afwikkeling der handelingen, welke staat in de dagvaarding is opgenomen. De gedaagde beroept zich op de onbevoegdheid der Rechtbank, en concludeert voorts tot niet-ontvankelijkverklaring en ontzegging der vordering. De Rechtbank verklaart zich onbevoegd, waartegen DE JONG in appel komt. Het Hof overweegt dat de Rechtbank zich ten onrechte onbevoegd heeft verklaard, en onderzoekt daarna den door de exportslagerij aangevoerden grond voor niet-ontvankelijkheid, welke echter onjuist wordt bevonden.

Het Hof overweegt dan verder dat uit den inhoud der dagvaarding zelf blijkt dat het volgens den staat gevorderde saldo geen vaststaand en geen eindsaldo is, zoodat de vordering van dit saldo niet kan worden ontvangen, en verklaart DE JONG ambtshalve niet-ontvankelijk.

Cassatie wordt verworpen omdat de rechter ook ambtshalve heeft te beoordeelen of de feiten, waarop de eisch steunt, en waarvan in het geding is gebleken, de ingestelde vordering rechtvaardigen. <sup>2)</sup>

X, 1924. In hetzelfde jaar besliste de Hooge Raad nogmaals, nadat het Hof ambtshalve op grond van de bij dagvaarding gestelde feiten een vordering niet-ontvankelijk had verklaard, dat de rechter, van oordeel dat de bij dagvaarding gestelde feiten de daarop steunende vorderingen niet rechtvaardigen, krachtens art. 48 Rv. niet alleen bevoegd, maar zelfs verplicht is, de niet-ontvankelijkheid der vordering uit te spreken, ook al is deze niet op dien grond, of zelfs in het geheel niet, door den oorspronkelijken gedaagde voorgesteld. <sup>3)</sup>

XI, 1925. Omstreeks 1920 deden enkele personen een vergeefsche poging zich een deel der TEIJLERS-stichting te verwerven. <sup>4)</sup> Een tweetal

<sup>1)</sup> H.R. 20 April 1923, W. 11079 m.o. S.B.; N.J. 1923 blz. 692.

<sup>2)</sup> H.R. 28 Maart 1924, W. 11225.

<sup>3)</sup> H.R. 4 December 1924, W. 11318; N.J. 1925 blz. 265.

<sup>4)</sup> Doch niet voor de laatste maal! Vgl. Rb. Haarlem 16 Juni 1942, W. en N.J. 1943 no. 175.

eischers stelt dat de zaken, behorende tot de nalatenschap van PIETER TEIJLER VAN DER HULST, overleden op 8 April 1778 zonder afstammelingen na te laten, zich steeds hebben bevonden onder beheer van vijf zich noemende Directeuren der nalatenschap van PIETER TEIJLER VAN DER HULST, als hoedanig ten tijde van de dagvaarding de vijf gedaagden optraden; dat eischers krachtens erfrecht ab intestato ieder gerechtigd zijn tot 19/400 of 19/800 van genoemde nalatenschap; dat zij op 3 Juni 1920 voor zooveel noodig iedere volmacht of gedoogen van dit beheer hebben opgezegd, en de gedaagden hebben gesommeerd binnen vijf dagen rekening en verantwoording van hun beheer te doen, en het aan elk hunner toekomende saldo uit te keeren, waaraan niet is voldaan. Op deze gronden vorderen zij van de gedaagden rekening en verantwoording van hun beheer, en uitkeering van hetgeen hun krachtens deze rekening zal blijken toe te komen.

De gedaagden beriepen zich o.a. op de verjaring der vordering, waarna de Rechtbank overwoog dat de actie tot rekening en verantwoording krachtens artikel 2004 B.W. verjaard was, en eischers niet-ontvankelijk verklaarde in hun vordering.<sup>1)</sup>

Van dit vonnis kwamen de eischers in hooger beroep, doch uitdrukkelijk alleen voorzoover hun vordering op grond van verjaring niet-ontvankelijk was verklaard, waarna de geïntimeerden concludeerden tot niet-ontvankelijkverklaring van appellanten in hun appel, subsidiair tot bevestiging van het vonnis a quo, hetzij op dezelfde, hetzij op andere gronden, waarbij zij volhielden hetgeen zij in eersten aanleg op den voorgrond hadden gesteld, nl. dat de ingestelde vordering in wezen was een erfenisvordering, en dus om die reden reeds lang was verjaard.

Het Hof<sup>2)</sup> overwoog dat het door de beperking van het appel alleen had te oordeelen over het vonnis, voorzoover de vordering op grond van verjaring niet-ontvankelijk was verklaard; dat de door eischers ingestelde vordering tot rekening en verantwoording en afgifte van hetgeen hun bij het sluiten der rekening zal blijken toe te komen neerkomt op afgifte van hun erfdeel, waarvan de hun alsnog onbekende hoegrootheid alsnog door de rekening en verantwoording moet worden vastgesteld; dat de dagvaarding reeds in zich sluit dat eischers stelling nemen tegen den titel, krachtens welken de gedaagden het beheer voeren over de nalatenschap, en trouwens aangenomen mag worden dat zij, als belanghebbende erfgenamen, op de hoogte waren van het schier algemeen bekende feit dat de Directeuren het beheer over TEIJLERS nalatenschap voeren als bestuurders van een door dien erflater bij, al of niet rechtsgeldig, testament, of soortgelijke akte, in het leven groepen stichting; dat zij derhalve, als erfgenamen van TEIJLER, hun erfdeel in diens nalatenschap opvorderen van personen, die het beheer over die nalatenschap voeren, niet voor hen, maar krachtens een titel dien zij niet willen erken-

<sup>1)</sup> Rb. Haarlem 6 December 1921, N.J. 1922 blz. 287.

<sup>2)</sup> Hof Amsterdam 7 Maart 1924, N.J. 1924 blz. 1043.

nen, welke vordering is een erfenisvordering, bedoeld in art. 881 B.W.; dat de erfenisvordering, nu zij betreft eene in 1778 opengevallden nalatenschap, op grond van verjaring moet worden afgewezen, daar zulks niet alleen geldt voor de opvordering van het saldo, maar ook voor de vordering tot rekening en verantwoording, omdat deze laatste slechts ten doel heeft dat saldo te doen vaststellen, en geen zin meer heeft en dus vervalt nu de opvordering van het saldo is verjaard; dat derhalve de beslissing, dat de vordering op grond van verjaring niet ontvankelijk is, — wat er ook moge zijn van de daarvoor door de Rechtbank aangevoerde gronden en van de daartegen gerichte grieven, — op zich zelf juist is en in stand moet blijven.

In cassatie werpen de erfgenamen op dat het Hof zijn rechtsmacht had overschreden, omdat de Rechtbank, hoewel de oorspronkelijke gedaagden er zich op hadden beroepen dat de vordering in wezen een erfenisvordering was, had uitgemaakt dat de vordering er een was tot rekening en verantwoording; dat de gedaagden tegen die beslissing niet incidenteel hadden geappelleerd, zoodat dit punt feitelijk tusschen partijen vaststond.

Het middel werd echter verworpen op grond van de volgende overwegingen:

„O. dat de in het eerste middel vervatte grief — als zou het Hof door de introductieve dagvaarding aldus uit te leggen, dat ten deze de erfenisopvordering, bedoeld in art. 881 B.W., was ingesteld, zijne bevoegdheid zijn te buiten gegaan, vermits eischers slechts een, in voege als voorzgd, beperkt hooger beroep hadden ingesteld, en de verweerders hunnerzijds niet incidenteel hadden geappelleerd — hiervan uitgaat, dat de Rechtbank de vraag, of de ingestelde vordering een erfenisvordering dan wel een vordering tot rekening en verantwoording was, in laatstgenoemden zin had beslist;

dat deze voorstelling echter is onjuist, daar de Rechtbank zich over de bedoelde vraag niet heeft uitgelaten en hare beslissing kenlijk aldus is te verstaan, dat, zelfs indien naar de voorstelling der eischers de ingestelde vordering als een vordering tot rekening en verantwoording zou moeten worden aangemerkt, zij niettemin op de hiervoren vermelde gronden zou zijn verjaard;

dat mitsdien het Hof bij de bepaling van den aard en de strekking der ingestelde vordering, noodig om de ingeroepen verjaring te kunnen beoordeelen, niet aan eenige uitspraak der Rechtbank, waarvan niet was geappelleerd, gebonden was, en het, die bepaling zelfstandig verrichtende, zijn rechtsmacht niet heeft overschreden, zoodat het middel is ongegrond”;<sup>1)</sup>

Artikel 48 Rv. kon hier geen uitkomst brengen. Het ging immers niet in de eerste plaats over de kwestie, of de ingeroepen verjaring moest

<sup>1)</sup> H.R. 13 Februari 1925, N.J. 1925 blz. 239.

worden toegepast op grond van art. 2004 B.W. of art. 882 B.W. Om tot de toepassing van een dezer wetsartikelen te geraken moest de rechter eerst den aard en de strekking der ingestelde vordering bepalen, en beslissen, of deze er een was tot rekening en verantwoording, dan wel een hereditatis petitio. Dit is een feitelijke vraag, als betreffende de uitlegging der dagvaarding.

De Hooge Raad maakt uit dat de Rechtbank, wat deze vraag betreft, niet een bepaald standpunt had ingenomen, en dat *daarom* het Hof de kwestie mocht onderzoeken. De Hooge Raad gaat er derhalve van uit dat, indien de Rechtbank, naar aanleiding van het verweer van gedaagde, wél had beslist dat de ingestelde vordering in wezen geen erfenisvordering was, doch eenvoudig een vordering tot rekening en verantwoording, ook het Hof bij zijn beslissing daarvan moest uitgaan, al achtte het die beslissing onjuist. De hierboven aangehaalde overwegingen, speciaal het woord „mitsdien” in de laatste overweging, laten hieromtrent geen twijfel.

XII, 1925. De vennootschap Honegger vorderde ontbinding eener huurovereenkomst met schadevergoeding, zulks wegens wanprestatie van den kooper Bood, bestaande in het weigeren om tegen ontvangst der waren de als betaling daarvoor bedongen accepten af te geven. De gedaagde voerde als dubbel verweer, dat de gestelde overeenkomst niet was tot stand gekomen, en, voor het geval deze weer niet zou opgaan, dat de levering der waren — seizoenartikelen — te laat had plaats gevonden. De Rechtbank ontzegde de vordering, als zijnde de totstandkoming der overeenkomst niet komen vast te staan. De tweede weer bleef onbesproken. In appel handhaafde de geintimeerde beide in eerste instantie gevoerde verweren. Het Hof achtte de overeenkomst wél bewezen, overwoog dat de tweede weer op de ontvankelijkheid der vordering betrekking had, zoodat deze in hooger beroep buiten beschouwing moest blijven, omdat de geintimeerde niet incidenteel had geappelleerd, doch tot bekrachtiging van het vonnis (tot ontzegging) had geconcludeerd, en wees de vordering toe.

De Hooge Raad vernietigde dit arrest op grond van de volgende overwegingen: <sup>1)</sup>

dat de stelling, dat de weren de ontvankelijkheid der vordering betreffen — daargelaten de al of niet juistheid hiervan — het Hof niet mocht leiden tot de beslissing, dat die weren om de aangevoerde redenen buiten beschouwing moesten worden gelaten;

dat toch uit het vonnis der Rechtbank geenszins volgt, evenmin in verband met eenige wettelijke bepaling, dat de Rechtbank met verwerping van het voor haar naast de ontkenning der overeenkomsten aangevoerde verweer, de ontvankelijkheid der vordering heeft aangenomen;

<sup>1)</sup> H.R. 24 April 1925, N.J. 1925 blz. 685.



dat de Rechtbank wel een onderzoek naar het bestaan der overeenkomsten heeft ingesteld, doch de verwerping van vorenbedoeld verweer daaruit niet mag worden afgeleid, omdat het slechts subsidiair was aangevoerd, immers voor het geval het tot stand komen der overeenkomsten mocht worden aangenomen;

dat, zoo het al aan de Rechtbank mocht hebben vrijgestaan voormeld verweer, ook indien het een middel van niet-ontvankelijkheid inhield, vooraf te onderzoeken, ofschoon het slechts subsidiair was voorgesteld, ten deze valt aan te nemen, dat dit onderzoek enkel daarom niet plaats vond, omdat de Rechtbank de overeenkomsten niet bewezen achtend, dat onderzoek als overbodig beschouwde;

dat mitsdien de Rechtbank omtrent de ontvankelijkheid der vordering, niettegenstaande het gevoerd verweer, niets heeft beslist;

dat hieruit volgt, dat Bood, toen Honegger tegen de ontzegging van zijn vordering op voormelden grond in hooger beroep kwam, alsnog bevoegd was voormeld subsidiair verweer opnieuw voor te dragen, en zulks, waar hij ten aanzien daarvan niet was in het ongelijk gesteld, ook zonder incidenteel te appelleren, — daargelaten of hij, gemeld verweer opnieuw te berde brengend, niet, waar noodig, incidenteel heeft geappelleerd”;

De Hoge Raad gaat hier dus implicite uit van het standpunt dat, indien de Rechtbank de tweede weer wél had onderzocht, doch verworpen, de appelrechter deze niet had mogen onderzoeken, indien tegen die beslissing niet incidenteel was geappelleerd.

XIII, 1925. Nog geen maand later echter oordeelde de Hoge Raad,<sup>1)</sup> dat een in eerste instantie aangevoerd, doch door de Rechtbank verworpen weer aan het oordeel van den hooger rechter was onderworpen, ook zonder incidenteel appel. De eigenaren van eenige onroerende goederen, van der Sluis, eischten o.a. dat de gedaagde Provincie zou worden veroordeeld te gehengen en te gedoogen, dat eischers op een bepaalde plaats water zouden tappen uit de vaart, welke de onroerende goederen doorsneed, zulks op grond van erfdienstbaarheid. De Provincie voerde o.a. als verweer aan dat hier van een erfdienstbaarheid geen sprake kon zijn, omdat er noch bepaalde erven als heerschende, noch als dienstbare waren aangewezen.

De Rechtbank overwoog, dat wel als heerschend erf zekere bepaalde perceelen in de dagvaarding waren aangewezen, doch dat het dienstbaar erf niet was bepaald, waarna de vordering, mede op grond van andere weren, werd afgewezen.

In appel betoogden de appellanten van der Sluis dat wél een bepaald dienstbaar erf bestond, en door hen was aangewezen, welk betoog door het Hof juist werd bevonden. Het Hof vernietigde de uitspraak der

<sup>1)</sup> H.R. 15 Mei 1925, W. 11388; N.J. 1925 blz. 731.

Rechtbank, en wees de vordering toe, na te hebben overwogen, dat de geintimeerde bij zijn conclusie van antwoord in appel ook zijnerzijds bezwaren tegen de beslissing der Rechtbank in het midden had gebracht, speciaal tegen die, waarbij was aangenomen, dat de heerschende erven bepaald zouden zijn, maar die bezwaren, nu geintimeerde niet incidenteel van het vonnis had geappelleerd, niet konden worden onderzocht.

Dit arrest werd gecasseerd, en wel op de volgende overwegingen:

dat de ontzegging der vordering door de Rechtbank steunt op de beslissing, dat ten deze een rechtsgeldige erfdiensbaarheid niet aanwezig is, en deze beslissing, door de werking van het ingesteld hooger beroep, aan het oordeel van den hooger rechter was onderworpen, en, met toetsing van de wederzijds aangevoerde argumenten, in vollen omvang door dezen moest worden onderzocht;

dat dus de Provincie het recht had alle weren, voorzover niet gedekt, die zij nopens het onderwerp dier beslissing in eersten aanleg had gevoerd, ook voor het Hof te berde te brengen, zonder dat daarbij een uitzondering viel te maken voor de zoodanige, welke, — gelijk de bewering omtrent het niet bestaan van een heerschend erf — door de Rechtbank waren verworpen;

dat het Hof ten onrechte heeft aangenomen, dat weren als laatst-bedoelde slechts door middel van incidenteel appel te zijner kennis konden worden gebracht;

dat immers voor het instellen van incidenteel appel geen aanleiding bestaat, wanneer eene beslissing, waardoor de beweerde rechten der betrokken partij worden aangetast in het vonnis ontbreekt; dat nu van zoodanige beslissing ten deze geen sprake is omdat de ten voordeele der Provincie genomen beslissing der Rechtbank, dat het bestaan der erfdiensbaarheid niet mocht worden aangenomen, ook bij ontbreken der meerbedoelde overweging geheel dezelfde zou zijn gebleven;

dat mitsdien voor de Provincie geenerlei aanleiding bestond tot incidenteel appel en hier niet te denken is aan eene beslissing, die, buiten de werking van het ingestelde hooger beroep vallende, bij gebreke van incidenteel appel aan de kennisneming van het Hof onttrokken was'';

Is dit arrest in strijd met de beide vorige? Het lijkt inderdaad zoo, doch het behoeft niet per se zoo te zijn. In de onder XI en XII genoemde arresten werd implicite beslist, dat in de onderhavige zaken het verweer aan het oordeel van het Hof zou zijn onttrokken indien de Rechtbank daarover een beslissing had gegeven, doch daaruit volgt niet met zekerheid dat als een algemeene stelling wordt vooropgezet, dat een in eerste instantie gevoerd verweer (voorzover daartegen niet uitdrukkelijk wordt geappelleerd) *uitsluitend* in het geval, dat deze door den eersten rechter niet werd onderzocht, door den appelrechter mag worden beoordeeld. Omgekeerd wordt evenmin in het onder XIII genoemde arrest beslist,

dat een in eerste instantie verworpen verweer *in alle gevallen* door den appelrechter moet worden onderzocht. De Hooge Raad geeft hier immers een beperking tot zoodanige verweren, *welke nopens de in appel betrokken beslissing* in eerste instantie waren gevoerd, terwijl voorts nog opvalt de overweging dat de uitspraak der Rechtbank *ook bij het ontbreken van een beslissing over deze weer* geheel dezelfde zou zijn gebleven.

De opvatting van den Hoogen Raad zal uit de hierna te bespreken arresten moeten worden opgemaakt.

XIV, 1925. Nadat partij de Boer bij vonnis van 21 Januari 1921 wegens wanprestatie was veroordeeld tot betaling van schadevergoeding, op te maken bij staat, werd hij in de schadestaatprocedure veroordeeld tot betaling van een bedrag van ruim f 3700,—, bij welk vonnis tevens een inmiddels gelegd derdenbeslag werd van waarde verklaard, nadat de vordering tot van waardeverklaring met de staatprocedure was gevoegd.

Van dit vonnis komt hij in appel, bij memorie van grieven alleen grieven aanvoerende tegen de vanwaardeverklaring van het beslag. Bij pleidooi voert hij echter nog aan, dat bij den schadestaat is afgeweken van het vonnis van 21 Januari 1921, in dien zin, dat de Rechtbank, beslissende welke schade geïntimceerde heeft kunnen lijden, daarbij niet het oog zou hebben gehad op het prijsverschil, den schadefactor van den schadestaat.

Het Hof overwoog hieromtrent dat op dit bezwaar geen acht kon worden geslagen, nu het niet te berde is gebracht bij de conclusie van eisch in hooger beroep, en ook niet de openbare orde raakt.

In cassatie werpt de Boer op dat het bij pleidooi aangevoerde verweer zeer zeker aan het oordeel van het Hof was onderworpen, omdat het reeds in eersten aanleg was voorgedragen. De Hooge Raad verwierp echter dit middel, overwegende hieromtrent: <sup>1)</sup>

„dat het eerste onderdeel, voor zoover het de daarin bedoelde grief aan het oordeel van het Hof onderworpen acht, omdat zij reeds in eersten aanleg was aangevoerd, den aard van het hooger beroep miskent, daar dit niet strekt om zonder meer aan het oordeel van den hooger rechter al het in eerste instantie aangevoerde te onderwerpen, doch alleen om hem de behoorlijk te zijner kennis gebrachte grieven tegen de bestreden uitspraak te doen beoordeelen”;

De aandacht wordt er op gevestigd dat in de sub XI, XII en XIII genoemde gevallen de oorspronkelijke eischer in appel was gekomen, en het daar de vraag was of de gedaagde, opdat al zijn in eerste instantie te berde gebrachte verweren zouden worden onderzocht, daartoe al dan niet incidenteel moest appelleren. Hier is echter de oorspronkelijke gedaagde in appel gekomen.

<sup>(1)</sup> H.R. 17 December 1925, W. 11452; N.J. 1926 blz. 193.

XV, 1927. De koopman Baggelaar stelde, dat hij met gedaagde<sup>1)</sup> de Wind een overeenkomst had gesloten, waarbij de laatste zich had verbonden niet te zullen verkoopen, etaleeren, adverteeren of aanbieden voor lagere prijzen dan aangegeven was in de laatste door eischer uitgegeven prijscourant, onder verbeurte van een boete van / 60,— voor iedere overtreding; dat gedaagde het beding drie maal had overtreden, op grond waarvan hij betaling van / 180,— vorderde.

De Wind voerde als dubbel verweer, dat de gestelde overeenkomst wel was gesloten, doch niet meer bestond, omdat eischer haar had verbroken, terwijl hij voorts de drie handelingen, op grond waarvan de betaling werd gevorderd, ontkende.

Bij interlocutoir vonnis nam de kantonrechter aan, dat de gestelde overeenkomst door een overgelegd geschrift was bewezen, en legde hij eischer bewijs op van de gestelde overtredingen, oordeelend dat, indien deze overtredingen kwamen vast te staan, de verweerder het gevorderde zou schuldig zijn.

Na gehouden getuigenverhooren ontzegde de kantonrechter de vordering op grond dat eischer niet in het hem opgelegde bewijs was geslaagd.

Baggelaar ging in appel. Door den geïntimeerde werd over het verweer omtrent de ontbinding der overeenkomst niet meer gesproken.

De Rechtbank oordeelde met den appellant dat deze wél was geslaagd in het hem opgedragen bewijs. De Rechtbank merkte echter op dat vóór het interlocutoir de strijd liep over twee vragen: 1ste, of verweerder door de overeenkomst, welke hij op zich zelf niet ontkende, nog was gebonden, en 2de, of hij in strijd met die overeenkomst had gehandeld, en dat de kantonrechter, zonder de eerste strijdvraag te beslissen, tot onderzoek van de tweede was overgegaan. Hieruit leidde de Rechtbank af, dat de kantonrechter zijn oordeel over het eerste twistpunt heeft willen voorbehouden totdat het tweede zou zijn uitgemaakt. Op grond hiervan achtte de Rechtbank zich gerechtigd het eerste geschilpunt te onderzoeken, waarna het vonnis van den kantonrechter werd bekrachtigd omdat de verweerder aan de overeenkomst niet meer gebonden was.

Toen hiertegen in cassatie werd opgekomen overwoog de Hooge Raad: <sup>1)</sup>

„dat bij het thans besproken middel hiertegen tevergeefs wordt opgekomen, omdat, daargelaten de juistheid der beschouwingen van de Rechtbank, — het interlocutoir vonnis van den Kantonrechter na het hooger beroep van het eindvonnis, ook voor de Rechtbank was een interlocutoire uitspraak, die, al was zij in staat van gewijsde gegaan de Rechtbank niet bond en haar dus vrijheid liet, om een verweer, dat de eerste rechter had laten liggen, alsnog te onderzoeken, en bij gegrondbevinding van dat verweer bij eindvonnis de vordering zoonoodig te ontzeggen”;

De vraag hoever de rechtskracht gaat van het adagium *l'interlocutoire*

---

<sup>1)</sup> H.R. 17 Maart 1927, W. 11651; N.J. 1927 blz. 1025 m.o. E.M.M.

*ne lie pas le juge* ligt buiten het bestek van dit geschrift. <sup>1)</sup> Opgemerkt wordt hier slechts dat de appelrechter zich tot een onderzoek van een in eerste instantie wel aangevoerd, maar niet besproken, verweer zette, hoewel dit verweer door geintimeerde niet was herhaald.

XVI, 1927. De firma Struyck stelt tegen de gemeente Zutphen een vordering in tot schadevergoeding, aan haar opgekomen door het verzakken van een havenmuur langs haar fabrieksterrein, en dientengevolge van haar ketelhuis, op grond, dat de haven door een zekeren Looyen, door de gemeente belast met het uitbaggeren der haven, te diep en te dicht langs den havenmuur was uitgebaggerd; dat door Looyen in de haven een dam was gelegd, en dat de gemeente, toen de sluis werd getrokken, had nagelaten Looyen te waarschuwen een opening in dezen dam te maken, tengevolge waarvan de dam bezweek, en het water uit de haven met zulk een kracht wegvloeide, dat het den bodem van eischers muur meenam. Na een strijd tusschen partijen over de uitlegging der dagvaarding overweegt de Rechtbank bij interlocutoir vonnis, dat zij de dagvaarding aldus leest, dat de vordering o.a. gegrond is *op de nalatigheid van de gemeente om Looyen te waarschuwen*, en legt getuigenbewijs op. Bij eindvonnis wordt de vordering toegewezen, en een staatprocedure gelast.

De gemeente gaat in appel, zoowel van het interlocutoir als van het eindvonnis. Uit de publicaties is niet op te maken hoe de aangevoerde grieven precies hebben geluid, doch deze schijnen in elk geval hierop te zijn neergekomen, dat de verzakking van Struyck's perceel niet aan de schuld van de gemeente was te wijten. <sup>2)</sup> Het Hof bevestigt beide vonnissen, doch op andere gronden. Het Hof acht n.l. den grondslag voor de aansprakelijkheid der gemeente niet gelegen in het niet-waarschuwen van Looyen, *maar in het niet door de gemeente zelf zorgen voor een opening in den dam*.

De gemeente gaat van dit arrest in cassatie, o.a. op grond dat, nu geen der partijen was opgekomen tegen de beslissing der Rechtbank omtrent den grondslag der vordering, het Hof deze beslissing had moeten eerbiedigen. De Hooge Raad casseerde inderdaad het arrest van het Hof, en overwoog o.a.:

„dat toch door dit vonnis, waartegen, voorzoverre dit punt betreft, geen der procedeerende partijen in appel was gekomen, en dat op het oogenblik dat het arrest werd gewezen in zooverre kracht van gewijsde had verkregen, vaststaat, dat de eisch tot schadevergoeding tegen de Gemeente niet kan worden toegewezen op gronden, waarvan in die uitspraak is beslist, dat zij in de introductieve dagvaarding niet zijn vermeld;

<sup>1)</sup> Vgl. hierover het artikel van schrijver dezes in het R.M. Themis 1941 blz. 216 v.v.

<sup>2)</sup> Hof Arnhem 1 December 1926, W. 11682; N.J. 1927 blz. 844. De overname in het Weekblad is uitvoeriger dan in N.J.

dat hieruit volgt, dat het Hof door, niettegenstaande de beslissing der Rechtbank op dit punt niet aan zijn oordeel was onderworpen en het deze dus had te eerbiedigen, desniettemin den eisch gegrond te achten op het verzuim der Gemeente om zelve te zorgen voor gelijkmatige afstroming van het Berkelwater, zijne rechtsmacht heeft overschreden".<sup>1)</sup>

De opvatting, aan dit arrest ten grondslag gelegd, zal hierna nader worden besproken. Slechts zij er hier op gewezen dat dit arrest in overeenstemming is met het onder XI genoemde. In beide gevallen betrof de kwestie den feitelijken grondslag der vordering, de uitlegging van de dagvaarding. In het onder XI genoemde geval werd de bevoegdheid van den appelrechter, om daarnaar een onderzoek in te stellen, aangenomen, omdat de eerste rechter zich daaromtrent niet had uitgelaten. In het onderhavige geval werd deze bevoegdheid aan het Hof ontzegd, omdat de Rechtbank daarover reeds een beslissing had gegeven.

XVII, 1928. De N.V. Thalatta vorderde van den makelaar Knoop, als inlader van een partij uien in het geborgen schip Thalatta, 1411, 35 Zweedsche Kronen volgens den in het Zweedsche Göteborg bij dispache vastgestellten averij-grosse-omslag, waartegen Knoop aanvoerde, dat hij met het genoemde schip of het gestelde ongeval niets te maken had, en niet verplicht was in de averijgrosse bij te dragen; dat de, in het geding gebrachte, dispache, waarin hij buiten zijn weten en ten onrechte als partij in de averijgrosse was aangemerkt, hem niet kon binden, en hij betwistte dat hij de uien had verscheept, dat zij hem toebehoorden, en dat zij de voormelde waarde hadden.

Na een aan Thalatta opgedragen en gehouden getuigenverhoor ontzegde de Rechtbank de vordering.

Het Hof oordeelde met de appellerende N.V., dat een in Zweden volgens het Zweedsche Zeerecht door de bevoegde macht opgemaakte en verbindend geworden dispache hier te lande als titel kan dienen tegenover hem, die daarin voor een bijdrage is aangeslagen, zonder dat deze het verweer kan voeren, dat hij in de dispache geen partij is.

Het Hof verklaarde de ingestelde vordering echter ambtshalve niet-ontvankelijk op grond van de overwegingen:

„dat intusschen de Zweedsche Zeewet in § 216 nog bepaalt, dat de eigenaar van goederen, waarover de averijgrosse is omgeslagen, voor den omslag uitsluitend aansprakelijk is met die goederen en niet ook persoonlijk;

dat deze bepaling — welke het Hof opvat in dien algemeen zinn, dat zij betrekking heeft op allen, die naar de dispache aansprakelijk zijn, ook voorzooverre zij daarin niet als eigenaar zijn aangemerkt — medebrengt, dat de stellingen der inleidende dagvaarding nooit

<sup>1)</sup> H.R. 30 December 1927, W. 11796; N.J. 1928 blz. 570 m.o. P.S. Zie over dit arrest ook STAR BUSMANN no. 387 slot, en ASSER-ANEMA blz. 364.

kunnen leiden tot toewijzing der ingestelde vordering dan met deze beperking, dat de veroordeeling van geïntimeerde slechts kan worden ten uitvoer gelegd op de goederen, ter zake waarvan hij in den averijgrosse omslag is betrokken;

dat vaststaat, dat die goederen waren een partij uien, en, zooals vanzelf spreekt, die goederen thans niet meer in wezen zijn;

dat uit die omstandigheid volgt, dat appellante bij haar vordering geen belang kan hebben, zoodat zij daarin alsnog niet-ontvankelijk behoort te worden verklaard”;

De Hooge Raad casseerde dit arrest, overwegende: <sup>1)</sup>

„dat het Hof dusdoende niet enkel een rechtsgrond aanvult, die niet door de partijen was aangevoerd, maar tevens ambtshalve een feitelijke weer bijbrengt, en wel deze, dat de partij uien is teniet gegaan, welke weer haar feitelijk karakter niet verliest, doordien het Hof bedoelde omstandigheid uit eigen wetenschap als bewezen kon aannemen”;

De Procureur-Generaal merkte dienaangaande nog op:

„Toegevende, dat uien een korteren levensduur hebben dan dien, verlopen tusschen de averij en 's Hof's uitspraak en eveneens, dat de feitelijke rechter door eigen wetenschap dien levensduur kan bepalen, is echter hiermede de uitgesproken niet-ontvankelijkheid nog niet gemotiveerd, want het is volstrekt niet uitgesloten, dat de uien zijn gelost en verkocht en dat voor hen de opbrengst als object van verhaal is in de plaats getreden, terwijl ook misschien van gestelde cautie sprake kan zijn. Alsdan zou evenwel de al of niet-ontvankelijkheid pas na onderzoek van een en ander voor beantwoording in aanmerking kunnen komen en is het ambtshalve optreden des rechters niet te rechtvaardigen”.

XVIII, 1929. De N.V. Victoria, eigenares van het Hotel Victoria, stelde (in reconventie) met den huurder van het hotel, Smit, te zijn overeengekomen: „Bij verkoop van het pand eindigt de huur indien de verkooper zulks wenscht, en moet het pand binnen één maand na kennisgeving ontruimd zijn”. Voorts stelde zij dat in Augustus—September 1926 de aandeelen van de N.V. verkocht waren; dat de N.V. bij brief van 6 September 1926 aan Smit, onder kennisgeving van dien verkoop, heeft aangezegd, dat hij op 15 October 1926 het pand moest verlaten; dat de N.V., toen Smit het standpunt innam dat hij het gehuurde slechts behoefde te verlaten indien niet de aandelen, maar het pand zelf zou worden verkocht en overgedragen, had besloten het pand zelf te verkoopen en over te dragen aan den kooper van de aandeelen, van welk besluit op 6 November 1926 aan Smit mededeeling werd gedaan, onder reserve van alle rechten, en met kennisgeving, dat het transport zou plaats hebben op 8 November 1926, en dat Smit vóór 8 December het

<sup>1)</sup> H.R. 22 Juni 1928, N.J. 1928 blz. 1486.

pand moest verlaten, op welke gronden ontruiming werd gevorderd onmiddellijk, althans op 8 December 1926.

De Rechtbank, oordeelende dat Smit verplicht was binnen één maand na 6 November 1926 (dag der kennisgeving van den verkoop van het pand) het pand te ontruimen, veroordeelde hem binnen 2 maal 24 uur te ontruimen.

In hooger beroep oordeelde het Hof dat het van algemeene bekendheid is in de zakenwereld, waartoe partijen behooren, dat in een geval als het onderhavige als regel niet het perceel zelf wordt verkocht, maar dat verkoop van alle aandelen der N.V. is gelijk te stellen met verkoop van het pand, zoodat de bovengenoemde clausule, sprekende van verkoop van het pand, mede omvat den verkoop van alle aandelen der N.V., zoodat Smit verplicht was geweest op 15 October 1926 het pand te ontruimen, op welke gronden het aangevallen vonnis werd bevestigd.

In cassatie klaagt Smit dat, nu de N.V. niet incidenteel had geappelleerd, ten aanzien van den grond en van het tijdstip, waarop de huur-overeenkomst geoordeeld moest worden te zijn geëindigd, het Hof niet een van de Rechtbank afwijkende beslissing had mogen geven. De Hooge Raad verwierp dit beroep, overwegende dat, nu door het hooger beroep van Smit aan het oordeel van het Hof de vraag was onderworpen, of de ingestelde vordering terecht was toegewezen, het Hof ter beantwoording dezer vraag had te letten op al de gronden, tot steun voor die vordering aangevoerd, dus ook op die, waaraan de Rechtbank bij haar beslissing was voorbijgegaan.<sup>1)</sup>

XIX, 1931. De Engelsche vennootschap Railway Passengers Assurance Company — hierna te noemen de Assurance Company — had het bankierskantoor de N.V. Hamburger verzekerd o.m. tegen rechtstreeksche geldelijke schade, geleden als direct gevolg van frauduleuze handelingen van Hamburger's kantoorpersoneel. Door frauduleuze handelingen van Hakkert, behorende tot dit personeel, was Hamburger benadeeld in totaal voor een bedrag van f 210.000,—, waarvan ruim f 75.000,— gedurende den loop van de verzekering. Hakkert betaalde aan Hamburger f 27.000,—, na met deze een overeenkomst te hebben gesloten, waarbij Hamburger, op grond dat Hakkert niet in staat was, de geheele schade te vergoeden, zich verbond om na betaling door Hakkert van f 27.000,— tegen dezen geen verdere maatregelen te zullen nemen tot verhaal der verdere schade, en hem te dier zake kwijting te zullen verleen.

Uit dezen hoofde vorderde Hamburger van de Assurance Company een bedrag van ruim f 75.000,—. De Assurance Company bestreed deze vordering o.m. met het betoog dat Hamburger, door aan Hakkert tegen betaling van f 27.000,— finale kwijting te geven, toen dus naar haar

<sup>1)</sup> H.R. 4 Januari 1929, W. 11949; N.J. 1929 blz. 461 m.o. E.M.M. Naar aanleiding van deze annotatie zie hieronder blz. 135.



oordeel volledige vergoeding heeft ontvangen voor de schade, die Hakkert haar heeft veroorzaakt, en er van dat oogenblik af voor Hamburger geen schade, haar door Hakkert toegebracht, meer bestond.

De Rechtbank verwierp dit betoog op grond, dat uit de voormelde, tusschen Hamburger en Hakkert gesloten, overeenkomst duidelijk blijkt, dat volgens Hamburger de schade grooter was dan het van Hakkert ontvangen bedrag.

De Rechtbank nam echter op grond van art. 284 K. aan dat Hamburger haar recht op vergoeding der schade door de Assurance Company heeft verwerkt, door aan Hakkert volledige kwijting te geven zonder daarbij met de Assurance Company overleg te plegen, en zonder de rechten van deze voor te behouden, en ontzegde de vordering.

Hamburger kwam van dit vonnis in hooger beroep, waarbij de Assurance Company haar door de Rechtbank verworpen verweer handhaafde. Het Hof oordeelde echter dat dit verweer niet meer kon worden onderzocht, omdat door de Rechtbank uitdrukkelijk was beslist dat de bedoelde schade nog wél bestond, en de Assurance Company tegen deze beslissing niet was opgekomen, immers van het vonnis niet incidenteel had geappelleerd. Voorts onderzocht het Hof de grief van Hamburger tegen de door de Rechtbank gehuldigde opvatting van art. 284 K., en bevond deze gegrond, daar de door de Rechtbank gegeven interpretatie geen steun vindt in de wet. Het vonnis werd vernietigd, en de vordering toegewezen.

De Assurance Company ging van dit arrest in cassatie, o.a. er over klagen, dat het Hof haar oorspronkelijk verweer buiten onderzoek had gelaten. De Hoge Raad achtte het middel gegrond, en overwoog o.a.: <sup>1)</sup>

„dat toch het door Hamburger tegen het vonnis der Rechtbank ingesteld hooger beroep aan het Hof de vraag onderwierp, of de vordering van Hamburger uit de verzekeringsovereenkomst, ondanks de meergemelde regeling met Hakkert, was blijven bestaan;

dat derhalve de Assurance Company gerechtigd was om het verval van de vordering door de regeling te betoogen met een verweer, dat zij ook in eersten aanleg had aangevoerd, maar dat door de Rechtbank verworpen was;

dat dus het Hof, door te weigeren dat verweer te onderzoeken, op grond dat de Assurance Company niet harerzijds incidenteel hooger beroep heeft ingesteld, den aard van het rechtsmiddel van hooger beroep heeft miskend, en daardoor de wetsbepalingen waarin dit rechtsmiddel is toegekend, waaronder het in het middel aangehaalde art. 332 Rv., heeft geschonden”;

Duidelijker dan in het arrest van 1925 (XIII) is in deze uitspraak tot uitdrukking gekomen dat het in eerste instantie verworpen verweer

---

<sup>1)</sup> H.R. 15 Mei 1931, W. 12304 m.o. S.B.; N.J. 1931 blz. 1438 m.o. E.M.M

rechtstreeks in verband stond tot de kwestie, welke door den appellant aan het oordeel van het Hof werd onderworpen, en *daarom* in het onderzoek kon worden betrokken.

XX, 1931. Een zekere Heimann dagvaardt de N.V. Nederlandsche Handelsassociatie om te komen tot benoeming van scheidslieden, en wel, omdat zij van de N.V., die daarbij werd vertegenwoordigd door de vennootschap Lensvelt, een partij meel had gekocht, doch het geleverde meel niet aan de overeenkomst voldeed. Nadat de N.V. had ontkend Lensvelt tot het sluiten der overeenkomst te hebben gemachtigd, riep Heimann deze in vrijwaring op, teneinde haar bevoegdheid waar te maken en, bij gebreke van dien, voor het geval de oorspronkelijke eisch mocht worden afgewezen, Heimann ter zake daarvan te vrijwaren, en aan haar alle schade te vergoeden.

Zoowel in de hoofdzaak als in de vrijwaringszaak legde de Rechtbank aan Lensvelt op enkele feiten te bewijzen, waaruit haar bevoegdheid tot het sluiten der overeenkomst zou voortvloeien, waarbij werd overwogen:

„dat, indien die feiten bewezen mochten worden, de Handelsassociatie „als contracteerende partij aansprakelijk is”, in welk geval de vordering op de hoofdzaak voor toewijzing vatbaar zal zijn, doch dat in het tegenovergestelde geval de vordering in de hoofdzaak zal moeten worden ontzegd, en Lensvelt in vrijwaring aansprakelijk zal zijn, omdat dan vaststaat, dat zij haar bevoegdheid om namens de Handelsassociatie op te treden, niet zal kunnen bewijzen, en dan ook aansprakelijk zal zijn voor de daardoor aan Heimann berokkende schade, hierin bestaande, dat deze gezond meel heeft gekocht, doch niet geleverd heeft kunnen krijgen, en het daardoor ontstane nadeel niet op de Handelsassociatie zal kunnen verhalen”;

De N.V. en Lensvelt kwamen hiervan in appel. In de hoofdzaak overwoog het Hof <sup>1)</sup> dat, nu Lensvelt zich niet in de hoofdzaak heeft gevoegd, zij daarin ook geen partij was, en dus ook geen getuigenbewijs kon leveren, met het gevolg dat de vordering werd afgewezen. In de vrijwaringszaak oordeelde het Hof ten aanzien van de grief van Lensvelt, dat haar ten onrechte bewijs was opgelegd, dat dit inderdaad juist was, doch niet omdat de bevoegdheid van Lensvelt reeds uit de feiten vaststond, zooals deze had aangevoerd, maar omdat Lensvelt, indien zij de nadeelige gevolgen van haar vrijwaringsplicht wilde afwenden, had moeten zorg dragen dat het bewijs der bevoegdheid in de hoofdzaak werd geleverd, en zij wel niet verplicht was zich daartoe in de hoofdzaak te voegen, maar, nu zij dit had nagelaten, de ongunstige afloop van het geding voor haar rekening kwam.

<sup>1)</sup> Hof 's-Gravenhage 28 November 1930, N.J. 1931 blz. 365.

De grief, dat het niet waarmaken der bevoegdheid de toewijsbaarheid der vordering in vrijwaring niet zou meebrengen, aangezien, indien die volmacht ontbrak, Lensvelt zelf de verkoopster zou zijn, achtte het Hof ongegrond, omdat het ontbreken der volmacht van dengene, die zich heeft voorgedaan als lasthebber tot verkoop, niet tot gevolg heeft dat deze zelf verkooper is, maar dat geen koopovereenkomst is tot stand gekomen.

Na verwerping der overige grieven vernietigde het Hof het vonnis der Rechtbank in zooverre, dat aan Heimann moest worden opgedragen door getuigen te bewijzen, dat het haar geleverde meel inderdaad ondeugdelijk was, aangezien, zoo dit niet zou komen vast te staan, ook niet zou blijken, dat Heimann door de afwijzing der vordering in de hoofdzaak eenige schade had geleden welke Lensvelt haar zou hebben te vergoeden, en verwees de zaak naar de Rechtbank.

In cassatie wierp Lensvelt o.a. op dat het Hof zijn rechtsmacht en de grenzen van het appel had overschreden, door:

A. het appel te laten strekken ten nadeele van dengene, die het had ingesteld;

B. het interlocutoir vernietigde op grond van een geschilpunt, dat niet tot 's Hofs beoordeeling stond;

C. een beslissing gaf over een geschilpunt, waarover de rechter in eersten aanleg nog niet geoordeeld had.

Dit middel verwierp de Hooge Raad op grond van de volgende overwegingen: <sup>1)</sup>

„dat het eerste middel onder A — ook blijkens de toelichting — hierover klaagt, dat — terwijl de Rechtbank in haar interlocutoir vonnis had beslist dat Lensvelt bij slagen in het haar opgelegd bewijs, van iedere aansprakelijkheid tegenover Heimann ontheven zou zijn en Lensvelt in hooger beroep die bewijslevering, omdat zij over reeds vaststaande feiten liep, als niet ter zake dienende had betwist — het Hof, ofschoon Heimann niet geappelleerd had, heeft beslist dat die bewijsvoering ontoelaatbaar was, omdat, ook al slaagde zij, zulks de aansprakelijkheid van Lensvelt toch niet zou opheffen en daardoor deze in een ongunstiger procespositie heeft gebracht;

O. hieromtrent:

dat door Lensvelt's grief, dat haar ten onrechte getuigenbewijs was opgelegd, het Hof te onderzoeken kreeg of die bewijsoplegging al dan niet behoorde te worden gehandhaafd;

dat bij dat onderzoek het Hof niet gebonden was aan den grond, welken Lensvelt voor haar grief had aangevoerd, maar gehouden was de juistheid van de grief zelfstandig te onderzoeken, zoodat ook niets het Hof belette om — nu het, in verband met zijn opvatting

<sup>1)</sup> H.R. 12 November 1931, W. 12375 m.o. R.; N.J. 1932 blz. 104. Het cassatiemiddel, onderdeel C, is in N.J. verminkt weergegeven.

omtrent de wettelijke verplichtingen van Lensvelt als lasthebber tegenover den derde, de beslissing der Rechtbank omtrent het getuigenbewijs onjuist achtte — op grond hiervan het door de Rechtbank opgelegde getuigenbewijs als niet ter zake dienende af te wijzen;

dat de omstandigheid, dat als gevolg hiervan Lensvelt wellicht in een ongunstiger procespositie is gebracht dan waarin zij tevoren verkeerde, niet wegneemt, dat het Hof de wettelijke voorschriften omtrent het hooger beroep met juistheid heeft gehanteerd;

O. dat dus dit onderdeel niet tot cassatie kan leiden, en zulks evenmin het geval is met het onderdeel B van het eerste middel, omdat blijkens het voorgaande het Hof wel degelijk bevoegd was te treden in een beoordeeling der vraag — welke trouwens een rechtsvraag is — of het in het vrijwaringsgeding geleverde bewijs harer bevoegdheid Lensvelt van haar aansprakelijkheid tegenover den derde, met wien zij als lasthebber van haren beweerden principaal had onderhandeld, kon bevrijden;

O. dat het onderdeel C van het eerste middel opkomt tegen 's Hofs beslissing, waarbij aan Heimann bewijs door getuigen was opgelegd;

O. hieromtrent:

dat de Rechtbank, als boven vermeld, had beslist dat, indien Lensvelt het bewijs harer bevoegdheid niet zou leveren, zij aansprakelijk zou zijn voor de aan haar wederpartij berokkende schade, doordat deze het door haar gekochte gezonde meel niet geleverd heeft kunnen krijgen, en het daardoor ontstane nadeel niet op de Handelscompagnie zal kunnen verhalen, tegen welke beslissing de vierde, door Lensvelt in hooger beroep voorgedragen grief was gericht;

dat nu 's Hofs beslissing omtrent deze grief aldus is te verstaan, dat het Hof onjuist heeft geacht den door Lensvelt daarvoor aangevoerden grond, dat zij bij niet waar maken harer volmacht principieel niet tot schadevergoeding gehouden, maar zelve verkoopster zou zijn, doch de grief in zooverre gegrond heeft geacht dat, — om een veroordeeling van Lensvelt tot schadevergoeding uit te spreken, — niet voldoende is het enkele feit van het ontbreken harer volmacht, maar dat daartoe tevens zal moeten vaststaan de door Heimann gestelde grondslag der schade, te weten: levering van ongezond, in plaats van gezond meel;

dat het Hof dan ook, het bewijs van deze omstandigheid aan Heimann opleggende, niet getreden is buiten de door Lensvelt aangevoerde grief, in verband met de door de Rechtbank omtrent dit punt gegeven beslissing, zooals het Hof die beide kennelijk heeft opgevat;

dat uit een en ander de onjuistheid van dit onderdeel van het eerste middel volgt”;

Wij achten deze overwegingen belangrijk genoeg om haar in extenso aan te halen.

De beslissing op het onderdeel A gaat er van uit dat het appel in zekeren zin ook kan strekken ten nadeele van dengene, die het heeft ingesteld.<sup>1)</sup>

In onderdeel B wordt wederom aangenomen dat de appelrechter de rechtsgronden zelfstandig moet onderzoeken.

De beslissing omtrent onderdeel C doet eenigszins vreemd aan. Uit de publicaties blijkt niet, welke houding partijen hebben aangenomen ten aanzien van de stelling, dat het geleverde meel niet deugdelijk was. Was dit in eerste instantie ontkend? Hoe kan dan de Rechtbank zonder meer beslissen dat Lensvelt, indien zij geen volmacht had de overeenkomst aan te gaan, alle schaden moest vergoeden? Wellicht was dit feit in de hoofdzaak niet ontkend, doch had de gedaagde in vrijwaring zich er niet over uit gelaten. In elk geval ging het Hof er van uit dat het niet vaststond. Het Hof legde hier ambtshalve een bewijs op, zonder dat zulks in hooger beroep was gevraagd of aangeboden. De vraag is of het Hof daar in casu toe bevoegd was. De eerste rechter had beslist: indien het bewijs der volmacht niet wordt geleverd, moet Lensvelt de schade vergoeden, op te maken bij staat. Lensvelt had hiertegen als grief aangevoerd: ook indien dit bewijs niet wordt geleverd kan de vordering tot schadevergoeding toch niet worden toegewezen, *omdat in dat geval Lensvelt als verkoopster moet worden aangemerkt*. Deze aangevoerde grond is niet juist, zoo oordeelt het Hof, maar toch moet de beslissing der Rechtbank worden vernietigd. De Hoge Raad acht o.i. terecht het Hof daartoe bevoegd. Door de grief van Lensvelt was aan het oordeel van het Hof onderworpen de beslissing van de Rechtbank: „indien het bewijs der volmacht niet wordt geleverd moet Lensvelt schadevergoeding betalen”. De voor de onjuistheid van deze beslissing door Lensvelt aangevoerden grond wordt onjuist geoordeeld, maar het Hof moet nu zelfstandig onderzoeken of de beslissing niet op andere gronden moet worden vernietigd. Het Hof constateert dan dat ten processe in het geheel niet vaststaat dat Heimann überhaupt schade heeft geleden, en oordeelt, dat Lensvelt niet tot vergoeding van schade kan worden veroordeeld voordat is aangetoond, dat er werkelijk schade is geleden. Er zij op gewezen dat het Hof hier niet art. 48 Rv. heeft toegepast, maar eenvoudig heeft geconstateerd: de beslissing van de Rechtbank omtrent de veroordeeling tot schadevergoeding is aan het oordeel van den appelrechter onderworpen, zoodat deze niet alleen moet onderzoeken of deze beslissing op juiste rechtsgronden is gegeven, maar ook of zij door de feiten wordt gesteund.

Het kan hier alleen bevreemding wekken dat, voorzoover uit de publicaties blijkt, zoowel de Rechtbank als de partijen er blijkbaar van uitgegaan zijn dat het geleverde meel inderdaad ondeugdelijk was, en Heimann dus schade heeft geleden.

<sup>1)</sup> Zie hieromtrent hieronder blz. 149—150.

XXI, 1934. Een weduwe, wier echtgenoot de Vries tegen ongevallen was verzekerd, en tengevolge van een ongeval om het leven was gekomen, vordert uit dien hoofde van de verzekeringmaatschappij een bedrag van f 5000,—. Deze voerde verschillende verweren, o.a.:

1. dat de Vries op straffe van nietigheid der verzekering verplicht was de vragen op het aanvraag-formulier naar waarheid en volledig te beantwoorden, hetgeen hij ten aanzien van sommige vragen heeft nagelaten;

2. dat de verplichtingen, krachtens de verzekeringsvoorwaarden op den verzekerde of na diens overlijden op de eischeres rustende, betreffende kennisgeving van het ongeval, het doen uitbrengen van het geneeskundig verslag en de kennisgeving van het overlijden, niet op tijdige en juiste wijze zijn vervuld, hetgeen het recht op de uitkeering doet vervallen;

3. dat de Vries daags na zijn overlijden is begraven, waardoor het voor verweerster praktisch onmogelijk werd op 29 Januari 1931 een lijkschouwing te doen verrichten door den hiervoor door hen aangewezen medicus, waardoor het recht op uitkeering eveneens is vervallen, en

4. dat de Vries niet tengevolge van het door eischeres gestelde ongeval is overleden.

De Rechtbank achtte de eerste weer gegrond, en ontzegde de vordering, de andere weren buiten beschouwing latende.

In appel oordeelde het Hof, naar aanleiding van de daartegen door eischeres ingebrachte grieven, de beslissing der Rechtbank omtrent de eerste weer onjuist, waarna het Hof tot onderzoek overging van de in eerste instantie verder aangevoerde weren, en, deze gegrond bevindende, het vonnis der Rechtbank op andere gronden bevestigde.

In cassatie overwoog de Hooge Raad: <sup>1)</sup>

„dat door het hooger beroep van eischeres aan het oordeel van het Hof de vraag werd onderworpen of de door haar ingestelde vordering tot uitkeering voor toewijzing vatbaar was, ter beantwoording van welke vraag het Hof had te letten op alle door de verweersters daartegen gevoerde verweren, ook op die, welke de Rechtbank bij haar beslissing buiten behandeling kon doen blijven”;

De klacht van een der cassatiemiddelen, dat partijen zoodoende van één instantie zijn beroofd, zal in § 17 ter sprake komen.

XXII, 1934. De Hooge Raad casseerde een arrest, waarbij een vordering ambtshalve niet-ontvankelijk was verklaard omdat een verboden verandering van eisch zou hebben plaats gehad, en wel op de volgende gronden: <sup>2)</sup>

„dat naar zijn aard het hooger beroep de strekking heeft den hoo-  
geren rechter slechts te doen beoordeelen de behoorlijk te zijner

<sup>1)</sup> H.R. 15 Februari 1934, W. 12816; N.J. 1934 blz. 983.

<sup>2)</sup> H.R. 15 Juni 1934, W. 12946 m.o. S.B.; N.J. 1934 blz. 1297 m.o. P.S.

kennis gebrachte grieven tegen de bestreden uitspraak, waarop deze uitzondering valt te maken dat die rechter ambtshalve de juistheid dier uitspraak heeft te toetsen aan wetsvoorschriften, welke de openbare orde betreffen;

dat derhalve, nu het Hof ambtshalve art. 134 Rv. heeft toegepast, te onderzoeken valt of dit artikel een zoodanig wetsvoorschrift bevat;

dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord'';

De juistheid dezer uitspraak op zich zelf willen wij geenszins betwisten, doch de hier gehuldigde opvatting omtrent den aard van het hooger beroep lijkt ons in zijn algemeenheid te beperkt.

XXIII, 1934. Van Maurik vorderde van de gebroeders van Kranenburg vergoeding van schade, hem overkomen door het overloopen van zijn erf met gier van de mestvaalt der gedaagden. Deze voerden als verweer aan dat door verjaring een erfdienstbaarheid van gootrecht was ontstaan, daar in 1897 de rechtsvoorgangster van gedaagden in den grond van den rechtsvoorganger van eischer met zijn toestemming een afvoerriool had laten aanleggen, welke toestand openbaar, ongestoord en te goeder trouw regelmatig zoo voortduurde tot 1928.

Na getuigenverhooren en gerechtelijke plaatsopneming ontzegde de Rechtbank de ingestelde vordering.

In hooger beroep voerde van Maurik o.m. aan dat hij geslaagd was in het bewijs „dat het servituut niet openbaar en niet ongestoord heeft geduurd”. Het Hof overwoog, dat de strekking van deze grief klaarblijkelijk is, dat de Rechtbank ten onrechte heeft bewezen geacht dat hier door verjaring een erfdienstbaarheid van gootrecht is ontstaan. Vervolgens overwoog het Hof, dat blijkens de in het vonnis als bewijsmiddelen gebezigde getuigenverklaringen de rechtsvoorgangster van geintimeerden, de weduwe van Zanten, haar bevoegdheid tot het maken en hebben van het riool ontleende aan een haar door den eigenaar van den grond verleend *persoonlijk* recht, en dat haar houden van dat riool dus slechts een uitvloeisel was van haar rechtsverhouding tot den grondeigenaar, en geenszins een openbaar en niet dubbelzinnig bezit als eigenaar van een heerschend erf van een erfdienstbaarheid, hoedanig bezit noodig is om door middel van verjaring een erfdienstbaarheid ten nutte van zijn erf te kunnen doen ontstaan; dat voornoemde rechtsvoorgangster na 1897 nog 20 jaar eigenares was geweest van het perceel, waarop geintimeerden thans een mestvaalt hebben, zoodat de mogelijkheid van een door verjaring ontstane erfdienstbaarheid van gootrecht ten nutte van dat erf is uitgesloten; dat deze gronden wel niet alle door appellant zijn aangevoerd, maar dit zonder belang is, waar het hier *rechtsgronden* betreft.

De partijen van Kranenburg voerden o.a. als middel van cassatie

aan dat het Hof geen rechtsgronden, doch ambtshalve rechtsmiddelen had aangevuld.<sup>1)</sup>

De Hooge Raad verwierp dit cassatieberoep, overwegende:<sup>2)</sup>

„dat blijkens het bovenoverwogene het Hof voormelde grief van partij van Maurik in hooger beroep in dien zin opvat, dat hij betwist, dat hier door verjaring een erfdienstbaarheid van gootrecht ten laste van zijn grond en ten bate van den grond van partijen van Kranenburg is ontstaan;

dat deze betwisting, onder meer, aan 's Hofs oordeel onderwierp de vraag, of de vroegere eigenares van laatstbedoeld grondstuk, toen zij in het terrein, dat thans aan van Maurik toebehoort, de meergemelde rioolbuizen deed leggen en daardoor gier van haar land afvoerde, den wil had om dusdoende een erfdienstbaarheid uit te oefenen en zoo ja, of zij dit deed te goeder trouw, dat is: of zij ook in de meening verkeerde zoodanig recht te hebben;

dat het Hof zich slechts dan van een onderzoek naar het bestaan van deze feiten had behooren te onthouden, indien daaromtrent tusschen partijen overeenstemming had bestaan;

dat echter van zoodanige overeenstemming uit het bestreden arrest geenszins blijkt, integendeel de onderstelling, dat van Maurik zou hebben toegegeven, dat de weduwe van Zanten bezit van servituut en nog wel bezit te goeder trouw van zoodanig recht heeft gehad, geheel in strijd is met de door hem in het geding steeds aangenomen houding;

dat mitsdien de grief, dat het Hof ambtshalve gronden van feitelijken aard heeft aangevuld, ongegrond is”;

XXIV, 1941. De N.V. Krol achtte ieder der door hem gedagvaarde personen hoofdelijk aansprakelijk voor een bedrag van ruim f 26.000,—, tot welk bedrag zij door haar filiaalhouder was benadeeld, op grond dat zij als borgen waren toegetreden tot het filiaalcontract. De borgen voerden als verweren: 1. dat zij hun borgtocht bij het desbetreffende contract hebben beperkt tot f 250,—, zoodat zij ten hoogste voor dit bedrag aansprakelijk konden zijn, en 2. dat Krol elk verhaalsrecht tegen hen had verloren, door zich niet te houden aan de bepalingen van het contract, althans door de overeenkomst niet te goeder trouw te hebben uitgevoerd.

De Rechtbank verwierp de eerste weer, doch ontzegde de vordering op grond van de tweede weer.

In appel bestreed Krol deze beslissing, terwijl de borgen hunnerzijds bezwaar maakten tegen het oordeel van de Rechtbank, dat de borgen

<sup>1)</sup> De Proc.-Gen. BESIER verwierp de opvatting van het Hof, dat hier rechtsgronden waren aangevuld, doch concludeerde niettemin tot verwerping van het cassatieberoep, op grond dat het Hof gerechtigd was voort te bouwen op reeds in eersten aanleg gedane betwisting van andere vereischten voor het tot acquisitieve verjaring leidend bezit der erfdienstbaarheid.

<sup>2)</sup> H.R. 16 November 1934, N.J. 1935 blz. 449.



hun borgstelling niet hadden beperkt tot een bedrag van f 250,—, omtrent welk bezwaar het Hof besliste dat het buiten bespreking kon blijven, nu de borgen hunnerzijds niet van het vonnis in appel waren gekomen. De grief van Krol achtte het Hof gegrond, waarna haar vordering werd toegewezen.

In cassatie voerden de borgen o.a. aan dat het Hof ten onrechte hun verweer betreffende de beperking van hun borgstelling tot een bedrag van f 250,— buiten onderzoek had gelaten.

De Hooge Raad achtte het cassatieberoep gegrond, en overwoog: <sup>1)</sup>

„dat het eerste middel gegrond is, vermits geen enkel wettelijk voorschrift, en in het bijzonder niet art. 339 Rv. de borgen belette om, nu het hooger beroep van Krol gericht was tegen de beslissing, waarbij de Rechtbank de tegen hen ingestelde vordering had ontzegd, echter na verwerping van een weer, op grond waarvan zij tot gedeeltelijke ontzegging hadden geconcludeerd, in hooger beroep die weer opnieuw naar voren te brengen”.

XXV, 1942. De eischeresse Zekveld, voorheen sub-agente van een Spaarbriefbank, sprak haar opvolger van Vliet, die aan Zekveld toekomende spaarstrooken, ieder genummerd 21192, onrechtmatig tot zich had genomen, aan tot uitbetaling van den op die spaarstrooken gevallen prijs, welken van Vliet had geïncasseerd.

Het verweer van van Vliet, die in het algemeen alle stellingen van eischeresse ontkende, kwam hoofdzakelijk hierop neer, dat uitbetaling van den prijs slechts kon geschieden op het bewijs van de vijfde afbetaling op de spaarstrook 21192; dat eischeresse in gebreke was gebleven deze afbetaling te voldoen, zoodat volgens de spaarvoorwaarden haar rechten, verbonden aan de spaarstrooken, waren vervallen.

Bij repliek voerde Zekveld feiten aan ter weerlegging van gedaagdes verweer.

De Rechtbank verklaarde eischeresse niet-ontvankelijk uit overweging, dat de ingestelde vordering in wezen strekt tot veroordeeling van van Vliet tot vergoeding van de door Zekveld geleden schade tengevolge van jegens haar gepleegde onrechtmatige handelingen, doch uit haar eigen stellingen, dat zij een overeenkomst had aangegaan met 17 personen, om aan ieder 1/17 af te staan van hetgeen op die spaarstrooken zou worden uitgekeerd, volgt, dat door het feit dat haar de uitkeering is ontgaan, zij persoonlijk geen schade lijdt, nu zij niet tevens heeft gesteld dat zij aan die derden het hun toekomend aandeel heeft uitgekeerd, of die derden haar daartoe hebben aangesproken. Het door van Vliet aangevoerde verweer liet de Rechtbank onbesproken.

Het Hof verwierp het tegen deze beslissing ingestelde beroep, doch voegde daaraan toe dat eischeresse ook op grond van het door gedaagde aangevoerde verweer niet-ontvankelijk moest worden verklaard.

<sup>1)</sup> 16 Januari 1941, W. en N.J. 1941 no. 508 m.o. P.S.

In cassatie kwam Zekveld op tegen de beide door het Hof aan zijn beslissing ten grondslag gelegde overwegingen, waarop de Hooge Raad 's Hofs arrest vernietigde.<sup>1)</sup>

Voorzover hier van belang overwoog de Hooge Raad:

„dat het Hof aan den eenigen door de Rechtbank voor de niet-ontvankelijkverklaring van de vordering gegeven grond, welken het Hof heeft overgenomen, een tweeden grond heeft toegevoegd, n.l. dat het Hof juist oordeelde het in eersten aanleg door van Vliet gedaan — doch door de Rechtbank niet beoordeelde — beroep op het feit, dat volgens de spaarvoorwaarden alle rechten aan de spaarstrooken 21192 waren vervallen, op grond dat de vijfde afbetaling daarop niet was voldaan;

Dat echter Zekveld, die dit feit op zich zelf niet had ontkend, daartegenover in eersten aanleg andere feiten had gesteld, te weten bij dagvaarding, dat de uitbetaling van een prijs pleegt plaats te vinden als een onverplichte daad jegens den houder van de spaarstrooken tegen inlevering daarvan, derhalve niet op grond van een recht uit de spaarvoorwaarden voortvloeiende, en bij repliek, dat de nog niet voldane vijfde termijn van den koopprijs zou zijn afge-rekend bij de uitbetaling van den prijs, en deze afrekening met, en uitbetaling aan haar alleen daarom niet zou zijn geschied, omdat de spaarstrooken zich niet in de feitelijke macht van haar, doch in die van van Vliet bevonden — aan wien de uitbetaling wel heeft plaats gevonden;

dat, nu het Hof mede een beslissing gaf omtrent voormeld verweer van van Vliet, het niet buiten behandeling had mogen laten het daartegenover door Zekveld gevoerd tegenverweer, en het Hof dit niettemin doende zijn beslissing in strijd met de desbetreffende wettelijke voorschriften niet naar den eisch met redenen heeft omkleed”;

De beslissing op zich zelf is geheel in overeenstemming met de vroegere jurisprudentie van den Hoogen Raad op dit punt. Het Hof was gerechtigd een door gedaagde aangevoerd, maar door de Rechtbank niet behandeld, verweer te onderzoeken. Dit bracht echter met zich dat het Hof niet buiten beschouwing mocht laten een door de eischeres in eerste instantie bij repliek tegen dit verweer aangevoerd tegenverweer. Het merkwaardige in deze zaak is echter, dat het arrest van het Hof niet werd gecasseerd omdat het Hof zijn taak als appelrechter onvolledig had vervuld, door na te laten een punt te onderzoeken hetwelk in het appel was betrokken, maar omdat de beslissing niet met redenen was omkleed. De oorzaak hiervan ligt in het cassatiemiddel: de eischeres had niet geklaagd over schending of verkeerde toepassing van art. 69 R.O., maar van art. 59 Rv.

<sup>1)</sup> H.R. 29 Januari 1942, W. en N.J. 1942 no. 285.

c. *Samenvatting.*

## Algemeene opmerkingen.

Bij een oppervlakkige beschouwing van deze arresten kan men den indruk niet van zich afzetten, dat de Hooge Raad bij het geven van zijn beslissingen niet van vaste stelregels of van een bepaald systeem zijn uitgangspunt heeft genomen, doch vrij willekeurig te werk is gegaan. Slechts voor een klein gedeelte is deze indruk juist. In al deze arresten kan men weliswaar enkele tegenstrijdigheden aanwijzen, maar men bedenke, dat deze uitspraken zijn gegeven in een periode van meer dan een eeuw; en ook indien men de eerste vier arresten buiten beschouwing laat (van de 25 aangehaalde arresten zijn er 21 vanaf 1915 gewezen) beslaan zij nog een tijdvak van ruim 25 jaar. Het is niet verwonderlijk dat in deze verwarde materie, waarbij de wet weinig of geen houvast biedt, vroeger gehuldigde opvattingen worden gewijzigd of gecorrigeerd. Het recht, zooals dat door de rechtspraak wordt gevormd, toont zich hier in zijn volle ontwikkeling, en het eindpunt van dezen ontwikkelingsgang is, indien wij juist zien, nog geenszins bereikt. Een zekere lijn van een strenge tot een meer soepele toepassing is in deze uitspraken te onderkennen, welke lijn enkele malen wordt onderbroken.

Opvallend is, dat nauwelijks een enkele uitspraak handelt over de vraag, of door den eersten rechter gepasseerde of verworpen gronden en argumenten, welke de *appellant* in eerste instantie heeft aangevoerd, doch in hooger beroep niet uitdrukkelijk in zijn grieven heeft betrokken, voor een onderzoek door den appelrechter in aanmerking komen. Hier schijnt de regel, dat de appelrechter het geschil slechts mag onderzoeken voorzoover dit aan hem ter beoordeeling is voorgelegd, in de praktijk tot weinig moeilijkheden aanleiding te geven.

In de meeste gevallen loopt de strijd hierover, of de appelrechter moet letten op alles, wat de *geïntimeerde* in eerste instantie voor zijn standpunt heeft aangevoerd, dan wel of daartoe een uitdrukkelijk incidenteel appel noodig is.

Verschillende posities zijn hier denkbaar. De *geïntimeerde* kan oorspronkelijk eischer, of oorspronkelijk gedaagde zijn. In beide gevallen is een verdere onderscheiding mogelijk: de eerste rechter kan een door den eischer gestelden grond, of een door gedaagde aangevoerd verweer, ófwel uitdrukkelijk hebben verworpen, ófwel buiten onderzoek hebben gelaten.

De oorspronkelijke verweerder is *geïntimeerde*.

Bezien wij eerst het geval dat de oorspronkelijke verweerder de *geïntimeerde* is. In één opzicht althans is de opvatting van den Hoogen Raad steeds constant geweest; dat, wanneer een bepaald verweer door den

eersten rechter niet is onderzocht, de appelrechter steeds bevoegd is dit verweer in zijn onderzoek te betrekken (zie de arresten, genoemd onder XI, XII, XV en XXI). Een andere opvatting ware ook niet wel denkbaar, en zou den geintimeerde te kort doen. Op welke wijze had deze in beroep moeten komen? Principaal in beroep gaan kon hij niet omdat hij, als de in het gelijk gestelde partij, daarbij geen belang had.<sup>1)</sup> En gaat de teleurgestelde eischer in appel, ook dan bestaat er geen enkele reden om incidenteel te appelleren. Waartegen zou hij moeten appelleren? Hij is door de uitspraak in geen enkel opzicht gegriefd. De eerste rechter kon de betreffende weer buiten onderzoek laten omdat de vordering ook zonder deze werd afgewezen.<sup>2)</sup> Belang bij een onderzoek van deze weer verkrijgt de oorspronkelijke gedaagde pas, wanneer de appelrechter de andere weer ondeugdelijk acht, en dientengevolge het vonnis a quo vernietigt, maar hij kan daartoe toch kwalijk appel instellen en een grief aanvoeren tegen een uitspraak, waardoor hij in geen enkel opzicht in het ongelijk is gesteld.

Zonder eenige restrictie zal deze opvatting echter niet mogen worden toegepast. Stel b.v. het volgende geval:

Tegenover een vordering tot schadevergoeding op grond van wanprestatie werpt gedaagde op:

1. de onbevoegdheid *ratione personae*;
2. er heeft geen geldige ingebrekestelling plaats gehad;
3. eischer heeft geen schade geleden.

De Rechtbank ontzegt de vordering omdat geen schade is geleden, doch laat zich over de beide eerstgenoemde verweren in het geheel niet uit. Zullen deze thans, indien de eischer in appel gaat, zonder incidenteel appel ter beoordeeling van den hoogereren rechter staan? Over de bevoegdheid heeft de Rechtbank zich niet uitgelaten, maar uit het feit, dat ten principale een beslissing werd gegeven, volgt, dat de Rechtbank zich bevoegd heeft geacht, hetgeen in zich sluit dat het beroep op de onbevoegdheid onjuist werd geacht. Men zal derhalve moeten aannemen, dat het voorbijgaan van de exceptie van onbevoegdheid gelijk staat met het *verwerpen* ervan, zoodat zonder incidenteel appel het Hof op deze weer geen acht mag slaan (zie hieronder blz. 136).

Ten aanzien van de ingebrekestelling behoeft deze redeneering niet op te gaan. Het is mogelijk dat de Rechtbank ook deze weer onjuist vond, maar het is evenzeer mogelijk dat een onderzoek van deze weer overbodig werd geacht, omdat de vordering toch in geen geval kon

---

<sup>1)</sup> Wij gaan hier uit van het meest voorkomende geval, dat de vordering is afgewezen. Het is natuurlijk ook mogelijk dat de gedaagde zeer zeker belang had in appel te komen, b.v. indien de rechter een getuigenbewijs heeft gelast, en de eischer in appel komt omdat naar zijn opvatting de vordering zonder getuigenbewijs had moeten zijn toegewezen, terwijl de gedaagde meent, dat de vordering op grond van een door hem gevoerd verweer zonder meer had moeten zijn ontzegt.

<sup>2)</sup> Zie vorige noot.

worden toegewezen daar er geen schade was geleden, onverschillig of er een geldige ingebrekestelling had plaats gehad of niet. Wij neigen hier naar de meening, dat het voorbijgaan van een weer in een dergelijk geval niet zal mogen worden gelijkgesteld met het verwerpen daarvan, doch zulks is van geval tot geval een kwestie van uitlegging.

De twee eerstgenoemde arresten (XI en XII), beide gewezen in 1925, gaan er kennelijk van uit, dat het Hof de betreffende weer alleen dáárom mocht onderzoeken, omdat de Rechtbank deze buiten beschouwing had gelaten, doch dat, indien de Rechtbank het verweer had verworpen, het Hof, zonder incidenteel appel, zich van een oordeel daarover had moeten onthouden. Hieruit zou kunnen worden opgemaakt dat de appelrechter, de grief van den appelleerenden eischer gegrond achtend, toch het aangevallen vonnis mag bevestigen op grond van een ander, in eerste instantie aangevoerd, doch *niet behandeld* verweermiddel, zonder dat incidenteel wordt geappelleerd, doch dat hij zulks op grond van een *verworpen* verweer slechts mag doen indien incidenteel is geappelleerd. Aldus zag MEYERS (in 1929) de opvatting van den Hoogen Raad in zijn onderschrift onder het sub XVIII aangehaalde arrest. Het is een vraag of daarmee, ook toen, de leer van ons hoogste rechtscollege juist is weergegeven, maar in ieder geval wordt deze thans niet meer aanvaard.

In 1881 (IV) had de Hoge Raad nog uitdrukkelijk beslist dat een in eerste instantie verworpen verweer in hooger beroep niet zonder incidenteel appel mag worden onderzocht, doch Hij is daar de laatste jaren van teruggekomen. Zoowel in 1925, 1931 als in 1941 (XIII, XIX en XXIV) werd de beslissing van het Hof, dat een door de Rechtbank verworpen weer in hooger beroep buiten onderzoek moet blijven indien daartegen niet uitdrukkelijk incidenteel is geappelleerd, gecasseerd.

Hoe moet thans de opvatting van den Hoogen Raad worden weergegeven? In verschillende arresten is vastgesteld, dat niet-onderzochte weren zonder incidenteel appel mogen worden beoordeeld. In drie arresten werd uitgemaakt, dat door de Rechtbank wél onderzochte, doch verworpen, verweren door het Hof mochten beoordeeld worden, ook zonder dat incidenteel was geappelleerd. Kan men thans als regel opstellen: de appelrechter oordeelt over alle in eerste instantie door den gedaagde opgeworpen verweren, onverschillig of deze zijn verworpen, dan wel buiten beschouwing gelaten? SCHOLTEN schijnt zich op dit standpunt te stellen blijkens zijn annotatie onder het arrest van 1941 (XXIV), waarvan wij aanhalen: „Omtrent de mogelijkheid zonder „incidenteel appel in eersten aanleg verworpen weren toch aan het „oordeel van den appelrechter te onderwerpen is de rechtspraak van den „H.R. constant: de devolutieve kracht van het appel wordt door den „H.R. in vollen omvang aanvaard”.

Zóó eenvoudig lijkt ons de zaak echter niet. In de overwegingen van

alle drie de betreffende arresten (XIII, XIX en XXIV) is meer of minder duidelijk te lezen dat een incidenteel appel niet noodig werd geacht *omdat het principaal appel een beoordeeling van deze weren vanzelf meebracht*, omdat het onderzoek van het principaal appel niet volledig zou zijn, indien niet alle desbetreffende weren tevens werden onderzocht. In elk geval stonden deze weren met de kwestie, welke in appel werd opgeworpen, rechtstreeks in verband.

In eerste instantie verworpen verweermiddelen, welke met de door het principaal appel aan den appelrechter voorgelegde kwestie geen rechtstreeksch verband houden, zullen o.i. door den hooger en rechter niet mogen worden onderzocht zonder dat zij door een incidenteel appel aan zijn oordeel worden onderworpen. Een tegenovergestelde meening zou kunnen leiden tot de opvatting, dat art. 339, 2de lid Rv. slechts sporadisch behoeft te worden toegepast. Het incidenteel hooger beroep is toch juist ingesteld om den geïntimeerde de gelegenheid te geven ook zijnerzijds nog met klachten over het gevelde vonnis te komen, opdat de nieuwe uitspraak zoo mogelijk ook rekening houdt met wat te zijnen ongunste in het eerste vonnis voorkomt.<sup>1)</sup> Neemt men echter aan dat alle in eerste instantie opgeworpen weren ook zonder incidenteel beroep moeten worden onderzocht, dan wordt het aantal gevallen, waarin incidenteel appel noodig is, tot een klein percentage teruggebracht, terwijl anderzijds ernstig inbreuk wordt gemaakt op den regel *tantum devolutum quantum appellatum*.

Nemen wij wederom tot voorbeeld het enkele bladzijden terug gestelde geval:

Tegenover een vordering tot schadevergoeding op grond van wanprestatie werpt gedaagde op:

1. De onbevoegdheid *ratione personae*;
2. Er heeft geen geldige ingebrekestelling plaats gehad.
3. Eischer heeft geen schade geleden.

De Rechtbank verworpt de beide eerste weren, verklaart zich bevoegd van de zaak kennis te nemen, en beslist dat er een geldige ingebrekestelling heeft plaats gehad, maar ontzegt de vordering, omdat eischer geen schade heeft geleden. De eischer gaat in appel; incidenteel wordt niet geappelleerd. Indien het Hof oordeelt dat eischer wél schade heeft geleden, moet o.i. de vordering worden toegewezen, zonder dat mag worden onderzocht of de beide eerste, door gedaagde opgeworpen, maar door de Rechtbank verworpen, weren juist waren. Aan het Hof is alleen de vraag voorgelegd of de eischer al dan niet schade heeft geleden. De beslissingen omtrent de bevoegdheid en de geldige ingebrekestelling staan hier geheel buiten. Had de geïntimeerde deze beslissingen opnieuw behandeld wenschen te zien, dan had hij incidenteel kunnen appelleren, welk appel hij desnoods voorwaardelijk (voor het geval het Hof de ontzegging der vordering onjuist zou achten) had kunnen instellen.

<sup>1)</sup> VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 339, aant. 4.

Zulks is o.i. ook in overeenstemming met de opvatting van den Hoogen Raad blijkens de drie meergenoemde arresten. Immers, wanneer de Hooge Raad van oordeel zou zijn dat een in eerste instantie verworpen verweer *steeds* aan het oordeel van den appelrechter is onderworpen, had hij dit aldus kunnen uitdrukken, en was het niet noodig geweest telkens na te gaan welke vraag aan het Hof was voorgelegd, om dan tot de conclusie te komen dat nu ook de betreffende weer, als rechtstreeks verband houdende met die vraag, moest worden onderzocht. Met zooveel woorden is dit niet in de arresten neergelegd, maar het ligt toch wel in de overwegingen opgesloten.

In 1925 (XIII) wordt nagegaan welke beslissing het Hof moest onderzoeken, waarna wordt vastgesteld dat het Hof deze beslissing in vollen omvang, met toetsing van de wederzijds aangevoerde argumenten, moest onderzoeken, met inbegrip van alle weren, welke *nopens het onderwerp dier beslissing* in eersten aanleg waren gevoerd. In 1931 (XIX) was aan den appelrechter onderworpen de vraag, of de vordering uit de verzekeringsovereenkomst, ondanks de regeling met Hakkert, al dan niet was blijven bestaan, zoodat derhalve (aldus de Hooge Raad) de geintimeerde gerechtigd was *om het verval van de vordering door deze regeling* te betoogen met een verweer, dat zij ook in eersten aanleg had gevoerd, maar dat door de Rechtbank was verworpen. In 1941 (XXIV) betrof de grief de geheele ontzegging, het betreffende verweer de gedeeltelijke ontzegging. Dit laatste arrest is sober gemotiveerd, en op zich zelf bewijst het niet veel, maar het ligt in de lijn van de beide vorige.

### Is een uitdrukkelijke herhaling van weren noodig?

Is het noodig, dat op de verworpen of buiten beschouwing gelaten weer door den geintimeerde, indien hij niet incidenteel appelleert, tenminste opnieuw een *beroep* wordt gedaan? In vrijwel alle behandelde gedingen, zoowel wanneer de weer oorspronkelijk niet was onderzocht, als wanneer zij was verworpen, is dit in feite geschied. Slechts éénmaal (XV) deed zich het geval voor, dat een niet besproken verweer in appel werd onderzocht hoewel de geintimeerde er geen nieuw beroep op had gedaan.

In de meeste gevallen maakt de Hooge Raad uit, dat de geintimeerde het recht heeft op de betreffende weer zonder incidenteel appel opnieuw een beroep te doen. Hij overweegt dan dat de geintimeerde alsnog bevoegd is de weer opnieuw voor te dragen (XII), te berde mag brengen (XIII), het verval mag betoogen met een verworpen verweer (XIX), de weer opnieuw naar voren mag brengen (XXIV). Dit sluit natuurlijk in zich, dat de appelrechter daarmede ook rekening mag en moet houden, maar deze overwegingen vestigen den indruk, dat als voorwaarde daartoe vereischt is, dat de geintimeerde er opnieuw uitdrukkelijk een beroep op doet. Soms werd echter eenvoudig bepaald dat de appelrechter be-

voegd was met de weer rekening te houden; in feite had de geintimeerde er een nieuw beroep op gedaan, maar in de overwegingen komt dit niet tot uiting (XI en XXI). Uit het arrest van 1934 (XXI) is op te maken, dat dit beroep in het geheel niet noodig wordt geacht. Imperatief luidt het: „...ter beantwoording van welke vraag het Hof *had te letten* op alle door de verweersters daartegen gevoerde verweren, ook op die, welke de Rechtbank bij haar beslissing buiten behandeling kon doen blijven”.

Een uitdrukkelijke herhaling lijkt ons inderdaad ook niet noodig. Gewoonlijk zal de geintimeerde wel alles aanvoeren wat van belang kan zijn voor zijn standpunt, en zal hij dus ook het betreffend verweer opnieuw naar voren brengen, maar een voorwaarde voor een nieuw onderzoek is dit niet. De appelrechter ziet uit de hem overgelegde stukken wat door beide partijen in eerste instantie is aangevoerd. Waar hij wél, en waar hij niet rekening mee mag houden wordt bepaald door den omvang van het appel. Eenmaal vooropgesteld, dat tot de kwestie, welke wordt voorgelegd, ook alle in eerste instantie aangevoerde verweren behooren welke rechtstreeks tot die kwestie in betrekking staan, moet men ook aannemen, dat deze omvang verder niet afhankelijk mag worden gesteld van een uitdrukkelijke herhaling.

In verband hiermede moge de technische vraag worden gesteld *op welke wijze* een incidenteel appel moet worden ingesteld. Art. 339 Rv. zegt hieromtrent alleen dat het, op straffe van verval, wordt ingesteld bij de conclusie van antwoord, doch over verdere formaliteiten wordt niet gesproken. Blijkens de jurisprudentie moet het antwoord op de vraag, of incidenteel is geappelleerd, worden afgeleid uit de omstandigheden, waartoe de conclusie van antwoord in hooger beroep zoo noodig moet worden uitgelegd.<sup>1)</sup>

In het hierboven aangehaalde arrest van 1925 (XII) treft de zinsnede: „...daargelaten of hij (geintimeerde), gemeld verweer opnieuw „te berde brengend, niet, waar noodig, incidenteel heeft geappelleerd”. Hier wordt wel niet beslist, maar toch als een aannemelijke opvatting voorgesteld, dat het eenvoudig opnieuw naar voren brengen van een in eerste instantie aangevoerde weer een incidenteel appel oplevert. De wijze, waarop deze weer opnieuw naar voren is gebracht, zal natuurlijk van doorslaggevende beteekenis zijn, maar men mag toch wel aannemen dat de Hooge Raad, blijkens zijn latere arresten, een simpel opnieuw te berde brengen van een in eerste instantie ingenomen standpunt niet als een incidenteel appel beschouwt. Zou het anders zijn, dan zou ons hoogste rechtscollege in meergenoemde arresten (XIII, XIX, XXIV) zeer zeker niet uitvoerig hebben gemotiveerd, dat in de betreffende gevallen de geintimeerde zijn vroegere weren *zonder incidenteel appel*

---

<sup>1)</sup> Vgl. VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 339, blz. 558 en de in noot 1 aangehaalde jurisprudentie.



opnieuw te berde mocht brengen, doch zou het eenvoudig hebben vastgesteld, dat de geïntimeerde door het te berde brengen der weer, incidenteel *had* geappelleerd.

De oorspronkelijke eischer is geïntimeerde.

Evenals het mogelijk is, dat de oorspronkelijke gedaagde door den eersten rechter in het gelijk is gesteld, hoewel een of meer van zijn verweermiddelen zijn verworpen of buiten beschouwing gelaten, zoo kan ook een ingestelde vordering worden toegewezen, hoewel een of meer gronden, waarop de eischer zich had beroepen, worden afgewezen of voorbijgegaan. Dezelfde vragen als in het geval, dat de oorspronkelijke verweerder ook in hooger beroep de gedaagde is, kunnen weer worden gesteld wanneer de oorspronkelijke eischer de geïntimeerde in appel is. Kon in het eerste geval de leer van ons hoogste rechtscollege met vrij groote waarschijnlijkheid worden vastgesteld, het materiaal is hier helaas te schaarsch om van een bepaalde opvatting van den Hoogen Raad te kunnen spreken.

Meer dan bij de door den gedaagde aangevoerde soorten van weren, lijkt het hier wenschelijk onderscheid te maken tusschen de door den eischer voor zijn vordering gestelde gronden. De gedaagde zal al zijn weren tegelijkertijd voordragen, exceptieve en principale, juridische en feitelijke, mits hij maar zorgt dat deze weren niet met elkaar in strijd zijn. Hij zal bijvoorbeeld niet tegelijkertijd kunnen beweren dat de gestelde geldleening nooit is tot stand gekomen, en dat het geleende bedrag reeds is terugbetaald; (*alternatief* zal dit in bepaalde gevallen wel mogelijk zijn). Dat de ingestelde eisch wordt begroet met twee of meer verweermiddelen is regel, komt althans veelvuldig voor. Het aanvoeren voor zijn vordering van meerdere verschillende gronden is betrekkelijk een uitzondering.

De volgende mogelijkheden kunnen zich hierbij o.m. voordoen:

a. eenzelfde feit of een complex van feiten kan onder verschillende rechtsbegrippen worden geklasseerd, welke alle tot grondslag kunnen strekken voor een zelfde vordering. Bij het instellen van zijn vordering heeft de eischer dan de keuze tusschen meerdere verschillende rechtsgronden. Men denke b.v. aan het geval, dat eenzelfde feit zoowel wanprestatie als onrechtmatige daad oplevert. Een vordering tot schadevergoeding kan dan op twee verschillende rechtsgronden worden ingesteld, waartoe echter slechts één feitelijke grond kan worden aangevoerd;

b. meerdere feiten vallen onder eenzelfde juridische qualificatie, en kunnen elk op zich zelf tot grondslag voor eenzelfde vordering strekken. De eischer kan dan zijn vordering op een enkelen juridischen grond baseeren, doch hiertoe meerdere feitelijke gronden aanvoeren;

c. meerdere feiten vallen onder verschillende juridische qualificaties,

en kunnen elk op zich zelf tot grondslag voor een bepaalde vordering strekken. Voor de vordering kunnen dan zoowel meerdere feitelijke als meerdere juridische gronden worden aangevoerd. De echtgenoot, wiens wederhelft zich aan echtbreuk heeft schuldig gemaakt, en bovendien de echtelijke woning heeft verlaten, kan zijn vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed baseeren zoowel op overspel als op kwaadwillige verlating.

Ad *a*. Doet zich het sub *a*) bedoelde geval voor, dan is de zaak, wat betreft den omvang van het appel, zeer eenvoudig. Het doet er niet toe of de eischer zijn vordering op den eenen of op den anderen juridischen grond heeft gebaseerd, dan wel of hij deze gronden alternatief heeft voorgedragen, en de keuze aan den rechter heeft overgelaten, of wel de gronden cumulatief heeft aangevoerd, of zelfs een geheel verkeerde juridische benaming heeft gebruikt. De rechter moet op grond van de gestelde feiten het recht toepassen. Indien de gedaagde in hooger beroep klaagt, dat hij ten onrechte op grond van wanprestatie is veroordeeld tot schadevergoeding, en het Hof acht deze grief inderdaad juist, maar vindt dat de vordering op grond van onrechtmatige daad moet worden toegewezen, dan is het Hof verplicht daarnaar te handelen, onverschillig of de Rechtbank den aangevoerden grond: *onrechtmatige daad* onbesproken heeft gelaten, of heeft verworpen, onverschillig zelfs of deze grond door den eischer al dan niet was aangevoerd (vgl. de arresten, genoemd onder VII en VIII).

Ad *b* en *c*. Indien de eerste rechter de vordering op grond van één der aangevoerde feiten heeft toegewezen, en het andere feit *onbesproken heeft gelaten* (wij gaan er gemakshalve van uit dat er twee feitelijke gronden zijn aangevoerd) zal, indien de gedaagde in appel gaat, en de hogere rechter de aangevoerde grief juist acht, hij in een beoordeeling moeten treden van den in eerste instantie niet onderzochten feitelijken grond. Een tegenovergestelde opvatting zou er toe leiden dat niet de geheele vordering, zooals deze is ingesteld, wordt berecht. Verwezen moge worden naar hetgeen dienaangaande ten aanzien van het verweer hierboven is betoogd (blz. 134).

Is de vordering op grond van een der aangevoerde feiten toegewezen, nadat de tweede feitelijke grond was *verworpen*, dan staat de zaak anders. In eerste instantie is de geheele vordering, zooals deze was ingesteld, berecht. Had de oorspronkelijke eischer gewild dat zijn verworpen feitelijke grond opnieuw werd onderzocht, dan had hij moeten zorg dragen dat deze door een (eventueel voorwaardelijk) incidenteel appel aan het oordeel van den hoogerem rechter werd onderworpen.

De vraag dient te worden gesteld of men hier niet, evenals bij de argumenten van den gedaagde, een uitzondering moet maken voor de

verworpen stellingen van den eischer, welke moeten geacht worden onder de strekking van het ingestelde appel te vallen. Wij zien geen enkele reden, waarom in beginsel het antwoord hier anders zou moeten luiden. Principieel is er geen verschil tusschen beide posities, doch de verworpen stellingen van den eischer zullen practisch niet zoo spoedig onder den omvang van het door de tegenpartij ingestelde appel vallen als de verworpen stellingen van den gedaagde, in het geval dat de eischer appellant is. Als regel zullen zij er niet door bestreken worden. Is echtscheiding gevorderd op grond van overspel en op grond van kwaadwillige verlating, en wijst de Rechtbank de vordering toe op grond van kwaadwillige verlating, na te hebben overwogen dat de echtbreuk niet bewezen is, dan zal, indien de gedaagde in appel komt, het Hof, zonder incidenteel appel van den oorspronkelijken eischer, niet mogen onderzoeken of de Rechtbank den anderen grondslag terecht verworpen heeft. Door den appellant is niet de vraag voorgelegd: is de echtscheiding terecht toegewezen, op welken grond dan ook? maar: is de echtscheiding op grond van kwaadwillige verlating terecht toegewezen?

In het onder VI aangehaalde arrest was aan het Hof niet de vraag voorgelegd: heeft de huurder zich aan eenige wanprestatie schuldig gemaakt? maar: leverde het binnenrijden van met paarden bespannen wagens wanprestatie op?

Wanneer de oorspronkelijke eischer in de geschetste gevallen in de positie van geintimeerde komt te verkeeren zal het hem gewoonlijk niet moeilijk vallen zijn houding te bepalen. Acht hij de beslissingen omtrent het overspel en de kwaadwillige verlating juist, dan zal hij er zich toe beperken het vonnis a quo te verdedigen. Vreest hij, dat het Hof over de kwaadwillige verlating wel eens anders zou kunnen oordeelen, en meent hij, dat het gestelde overspel voldoende is aangetoond, dan zal hij zorg dragen dat het Hof in de gelegenheid komt de geheele zaak in vollen omvang opnieuw te beoordeelen. Al appelleert hij „formeel” dan niet incidenteel, wellicht is zijn memorie van grieven zóó geredigeerd, dat een incidenteel appel geacht moet worden te zijn ingesteld. <sup>1)</sup> Heeft hij echter uitsluitend het aangevallen vonnis verdedigd, en is het Hof van oordeel dat de Rechtbank ten onrechte de vordering heeft toegewezen op grond van kwaadwillige verlating, dan zal het Hof de uitspraak moeten vernietigen en de vordering afwijzen, al zou het Hof ook de uitspraak, dat de gestelde echtbreuk niet bewezen is, onjuist achten. Het Hof moge dit zelf wellicht niet geheel bevredigend achten, maar het is een uitvloeisel van zijn taak, slechts te oordeelen over wat hem is voorgelegd.

Wij hebben hierboven (blz. 95 v.v.) twijfel trachten te wekken aan de juistheid van den regel, dat de rechter nimmer feitelijke gronden mag aanvullen. Wij stelden daarbij echter uitdrukkelijk voorop dat de rechter een vordering niet op andere gronden mag toewijzen, dan waarop de

---

<sup>1)</sup> Vgl. hierboven blz. 138.

eischer haar heeft gebaseerd, ook al hebben zich tijdens de procedure andere gronden geopenbaard. Indien een vordering tot echtscheiding is gebaseerd op grond van kwaadwillige verlating, en de rechter is van meening dat gedaagde zich hieraan niet heeft schuldig gemaakt, dan moet hij de vordering afwijzen, ook al zou tijdens de procedure onomstootelijk komen vast te staan dat gedaagde overspel heeft gepleegd. Zoo zal ook hier voor het appel moeten worden geoordeeld. Aan het Hof is slechts een deel van het oorspronkelijke geschil ter beslissing voorgelegd, nl. uitsluitend voorzoover dit de kwaadwillige verlating betrof. Al zou het Hof aan de hand van de stukken van eersten aanleg, welke te zijner kennis zijn gebracht (conclusies van partijen, geschriften, getuigenverklaringen), zeer wel in staat zijn zich een oordeel te vormen over het gedeelte van het geschil dat handelde over het overspel, over dit gedeelte hebben partijen zijn oordeel niet gevraagd; hij zal zich van een onderzoek daarvan moeten onthouden, en zich hebben te beperken tot het gedeelte, waarover de partijen zijn beslissing hebben ingeroepen.

Uit het voorgaande volgt volstrekt niet, dat alle verworpen stellingen van den oorspronkelijken eischer, wanneer deze geintimeerde is, zonder incidenteel appel aan het oordeel van het Hof zijn onttrokken. In de gevallen, welke zijn te brengen onder de genoemde rubrieken *b.* en *c.*, zal dit practisch wel steeds het geval zijn. Er zijn echter mogelijkheden denkbaar, welke niet passen in een der drie genoemde rubrieken. De zaken, zooals deze aan de rechterlijke macht worden voorgelegd, zijn te rijk geschakeerd, dan dat zij zich steeds in een eenvoudig schema laten onderbrengen. Het is bijvoorbeeld volstrekt niet uitgesloten dat de eischer, naar aanleiding van een gevoerd verweer, een aantal stellingen poneert om dit verweer te weerleggen. Hij wordt dan op een bepaald punt in de verdediging gedrongen, en zijn desbetreffende stellingen kunnen geenszins feitelijke gronden van zijn vordering worden genoemd (vergelijk geval XXV).

Een ander voorbeeld levert de onder XVIII bedoelde zaak op. De eischer vordert ontruiming van het pand omdat de daartoe overeengekomen voorwaarde (verkoop van het pand) is ingetreden. Twijfelachtig was alleen door welke transactie de verkoop had plaats gehad, door den verkoop van alle aandelen, of door den verkoop van het onroerend goed zelf. De eischer geeft den rechter alle feiten ter beoordeeling, en laat aan dezen over te beslissen, of de verkoop heeft plaats gehad door de transactie in September of door de transactie in November. Onverschillig of de overeengekomen voorwaarde in September of in November was ingetreden moest het pand worden ontruimd.

Feitelijk zijn hier dus niet twee verschillende feitelijke gronden voor de vordering gesteld, doch de eischer stelt: één dezer beide feiten rechtvaardigt in ieder geval mijn vordering; welk dit feit is, is een rechtsvraag, welke ik ter beoordeeling aan den rechter overlaat. De beide feiten kunnen

derhalve worden beschouwd als één geheel, en mogen niet volkomen van elkaar worden losgemaakt. <sup>1)</sup>)

Tenslotte het onder XVI aangehaalde arrest. De kwestie wordt hier sterk vertroebeld, doordat de betreffende beslissing was neergelegd in een interlocutoir vonnis. Niettemin zijn wij van meening dat de bespreking van dit arrest te dezer plaatse behoort te geschieden, en niet onder § 11. De gedaagde gemeente was immers niet alleen van het eindvonnis in beroep gekomen, *maar ook van het betreffende interlocutoir vonnis*. <sup>2)</sup>) Uit de publicaties blijkt niet welke grieven de gemeente tegen het interlocutoir had aangevoerd, maar het is wel waarschijnlijk dat zij er een grief tegen had aangevoerd; anders zou immers de Hooge Raad, volgens zijn gevestigde opvatting, het appel tegen het interlocutoir, wegens het niet aanvoeren van een grief, niet-ontvankelijk hebben verklaard, <sup>3)</sup>) en hebben beslist dat het interlocutoir in zijn geheel in kracht van gewijsde zou zijn gegaan. <sup>4)</sup>) De Hooge Raad beslist thans echter dat het interlocutoir vonnis *in zooverre* kracht van gewijsde had verkregen, nl. voor wat het punt in kwestie betreft.

Nu het interlocutoir op zich zelf wél in het beroep is betrokken maakt het o.i. geen verschil of de beslissingen, waarover de strijd loopt, alleen in het eindvonnis, of ook gedeeltelijk in het interlocutoir zijn neergelegd.

In de eerste plaats lijkt ons onjuist de term, dat het interlocutoir vonnis in zooverre kracht van gewijsde had verkregen. Hierboven (blz. 78 v.v.) hebben wij bezwaren gemaakt tegen de opvatting, dat de appelrechter geen kennis mag nemen van eindbeslissingen, neergelegd in een tusschenvonnis waarvan niet is geappelleerd, omdat deze *kracht van gewijsde* zouden hebben verkregen. Deze bezwaren gelden hier in nog sterkere mate, nu tegen het interlocutoir vonnis op zich zelf wél was geappelleerd. Wij meenen deze uitdrukking echter te moeten lezen alsof er stond, dat het punt in kwestie aan de beoordeeling van den appelrechter was onttrokken, en voor hem onaantastbaar was geworden.

In casu had de eischende partij haar schade gesteld, de oorzaken der schade aangegeven, en ten slotte, teneinde aan te toonen dat de gemeente

<sup>1)</sup>) Strikt genomen zou men hier kunnen opwerpen: de eischer heeft een primaire en een subsidiaire vordering ingesteld; primair: ontruiming onmiddellijk; subsidiair: ontruiming op 8 December 1926. Tijdens de uitspraak van de Rechtbank was de laatste datum echter reeds verlopen, en kon het gevorderde derhalve worden beschouwd als: ontruiming onmiddellijk.

Blijkbaar heeft de Hooge Raad de vordering beschouwd als een enkelvoudige; Hij spreekt van „*de* ingestelde vordering”, en „*die* vordering”.

<sup>2)</sup>) Vgl. de conclusie van den Adv.-Gen. BESIER vóór dit arrest.

Ten onrechte baseert ANEMA zijn bespreking van dit arrest er op, dat de gedaagde alleen van het eindvonnis in hooger beroep is gekomen (ASSER-ANEMA blz. 364). Ook SCHOLTEN, in zijn onderschrift onder H.R. 16 Januari 1941, W. en N.J. 1941 no. 508, waarin hij het betreffende arrest aanhaalt, gaat ten onrechte hiervan uit.

<sup>3)</sup>) Vgl. hierboven blz. 93.

<sup>4)</sup>) Vgl. hierboven blz. 72.

aansprakelijk was voor deze schade, een complex feiten weergegeven. Partijen twistten daarna over de vraag, waarin de schuld van de gemeente precies bestond. Bij repliek zegt de eischeres dat deze schuld hierin was gelegen, dat de gemeente heeft verzuimd, ofwel den aannemer Looyen te waarschuwen, opdat deze den dam tijdig kon opruimen, ofwel deze opruiming zelf te bewerkstelligen. Neen, zegt de gedaagde, in de dagvaarding is alleen opgenomen dat Looyen niet tijdig is gewaarschuwd. De Rechtbank is het met gedaagde eens, en overweegt in het interlocutoir vonnis dat zij het verzuim van de gemeente, om den dam zelf op te ruimen, in de dagvaarding niet vindt, zoodat deze stelling van eischeresse zou neerkomen op een verboden uitbreiding van haren eisch, en daarmede dus geen rekening zal worden gehouden.

Hoewel de Rechtbank dit twistpunt van partijen alleen in de rechts-overwegingen heeft behandeld moet zulks echter als een beslissing over dit punt worden beschouwd. De vraag is of het Hof aan deze beslissing gebonden is, nu geen der partijen daartegen uitdrukkelijk is opgekomen.

Indien men de beide schuldelementen, welke in de dagvaarding liggen opgesloten (dat zij daarin lagen opgesloten kan men aannemen; het was in ieder geval de opvatting van het Hof) beschouwt als twee afzonderlijke en zelfstandige feitelijke gronden voor de vordering, moet men de uitspraak van den Hoogen Raad juist achten. Evenals in het geval, dat de juistheid van een dezer gronden is *verworpen*, zoo zal men er van moeten uitgaan dat de appelrechter een feitelijken grond niet tot basis van zijn beslissing mag maken indien de eerste rechter uitdrukkelijk heeft beslist, zonder dat daartegen is opgekomen: de vordering is op dezen feitelijken grond niet gebaseerd.

Kan men hier echter wel van twee zelfstandige feitelijke gronden spreken? Weliswaar is in de inleidende dagvaarding speciaal als verzuim van de gemeente gesteld dat zij den aannemer Looyen niet tijdig heeft gewaarschuwd, opdat deze den dam kon opruimen of er een opening in kon maken, maar het verwijt aan de gemeente komt in wezen hierop neer, dat deze er niet voor heeft gezorgd (hoewel wetende dat een sluis zou worden getrokken, en dat door het trekken van deze sluis zeer veel water in de haven zou stroomen) dat de dam tijdig werd opgeruimd of doorgestoken, ongeacht op welke wijze. Wanneer in geval van een onrechtmatige daad iemand een nalatigheid wordt verweten is het meestal (gelijk in casu) toch volkomen onverschillig, of de nagelaten handeling niet is verricht door den aansprakelijken persoon zelf, of in opdracht of op verzoek van dezen door een ander.

Uit de publicaties blijkt niet precies welke grieven de gemeente heeft aangevoerd tegen het eindvonnis van de Rechtbank, waarbij zij aansprakelijk werd gesteld voor de schade, maar blijkens de eerste rechts-overweging van het Hof <sup>1)</sup> komen deze alle hierop neer, dat de Recht-

---

<sup>1)</sup> N.J. 1937 blz. 844.

bank ten onrechte heeft aangenomen dat de verzakking van Struyck's perceel aan haar schuld te wijten is. Het Hof was o.i. dan ook gerechtigd deze schuldvrage in vollen omvang te onderzoeken, zonder te zijn gebonden aan de beslissing van de Rechtbank, waarbij het ten bewijze van de schuld aangevoerde complex van feiten was ontleed in verschillende elementen, waarvan er een ter zijde werd gesteld.

Intusschen toont dit arrest wel aan dat het vraagstuk niet uitsluitend wordt opgelost met het opstellen van een aantal regels, en dat het toepassen van deze regels in de praktijk op groote moeilijkheden kan stuiten.

**Bijvorderingen: wettelijke rente; proceskosten;  
uitvoerbaarheid bij voorraad en bij lijfswang;  
dwangsom.**

Hoe zal moeten worden geoordeeld indien de hoofdvordering van den oorspronkelijken eischer weliswaar is toegewezen, doch niet een of meer bijvorderingen, zooals uitvoerbaarheid bij voorraad of bij lijfswang, veroordeeling in de proceskosten of tot betaling van de wettelijke rente? Daartoe zal in de eerste plaats het karakter van deze vorderingen moeten worden bepaald.

De vordering tot betaling van moratoire interessen is een vordering tot vergoeding van kosten, schaden en interessen wegens de vertraging in de uitvoering van een verplichting (betaling van een zekere geldsom: art. 1286 B.W.). Zij kan dus als een afzonderlijke vordering beschouwd worden, al is deze dan ook afhankelijk van het lot der hoofdvordering. Wordt derhalve betaling van een geldsom en van de wettelijke interessen gevorderd, dan kan men dit, evenals bv. de ontbinding eener overeenkomst wegens wanprestatie met schadevergoeding, beschouwen als een objectieve cumulatie van twee vorderingen. Hetgeen in § 9 over den omvang van het appel bij objectieve cumulatie is aangeteekend geldt dus ook hier. Is de vordering tot betaling der wettelijke interessen niet toegewezen, onverschillig of dit zijn oorzaak vond in een uitdrukkelijke verwerping of in een omissie, dan zal, zonder incidenteel hooger beroep, de appelrechter hierover geen uitspraak mogen doen. Omgekeerd echter zal, bij afwijzing der hoofdvordering, ipso facto ook de veroordeeling tot betaling van de wettelijke interessen vervallen, omdat de toewijzing dezer vordering afhankelijk is van de toewijzing der hoofdvordering.

Geldt zulks ook ten aanzien van de proceskosten? Voor hen, die er van uitgaan dat de rechter ambtshalve verplicht is de verliezende partij in de proceskosten te veroordeelen, ook indien dit niet gevraagd is, is het antwoord zeer eenvoudig: ook de appelrechter zal dan ambtshalve, zelfs indien niet incidenteel is geappelleerd, moeten onderzoeken of de veroordeeling in de proceskosten terecht niet is uitgesproken, onverschillig

of de eerste rechter de betreffende vordering heeft verworpen, dan wel verzuimd heeft daarop een beslissing te geven.

Neemt men echter met VAN BONEVAL FAURE <sup>1)</sup> en VAN ROSSEM <sup>2)</sup> aan dat een veroordeeling in de proceskosten niet ambtshalve mag worden uitgesproken, dan luidt het antwoord anders.

Er zou wellicht iets voor te zeggen zijn de vordering te beschouwen als een afzonderlijke (zij het dan ook afhankelijk van de beslissing over de hoofdvordering), <sup>3)</sup> doch wij willen hier liever niet van objectieve cumulatie spreken. De wetgever zelf heeft deze vordering, door haar in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering te behandelen, kennelijk niet als een gewone burgerlijke vordering beschouwd, en ook de praktijk doet dit niet: immers ook de gedaagde vordert de veroordeeling van den eischer in de proceskosten, doch hij doet dit zonder een reconventioneele vordering in te stellen.

Nochtans meenen wij dat de geintimeerde, wil hij dit punt onderzocht en beslist zien, daartoe incidenteel zal moeten appelleren, omdat hij, door het afwijzen van zijn vordering tot veroordeeling van gedaagde in de proceskosten, of door het achterwege blijven van eenige beslissing hieromtrent, benadeeld is.

De vorderingen tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad of bij lijfswang kunnen zeker geen zelfstandige vorderingen genoemd worden. Beide hebben betrekking op de executie, doch van objectieve cumulatie is geen sprake.

De wet geeft in artikel 351 Rv. een speciale bepaling voor het geval, dat de hoofdvordering is toegewezen, doch de tenuitvoerlegging bij voorraad niet is gelast. Indien in eerste instantie deze gevraagde tenuitvoerlegging is afgewezen, dan wel verzuimd is deze uit te spreken, kan de oorspronkelijke eischer — thans geintimeerde — in hooger beroep deze tenuitvoerlegging bij voorraad alsnog vorderen bij een incidenteele conclusie, ten dage tot de eerste terechtzitting bepaald. In art. 351 Rv. is den geintimeerde echter slechts een voorrecht gegeven, zoodat hem ook de bevoegdheid toekomt bij de memorie van antwoord de tenuitvoerlegging bij voorraad te vragen, <sup>4)</sup> doch dit zal dan moeten geschieden bij wijze van incidenteel appel. De verwerping van deze vordering, of het verzuim daarop recht te doen, beteekent een directe benadeeling van den eischer, en er is geen reden hier een andere opvatting te huldigen dan bij een geval van objectieve cumulatie.

<sup>1)</sup> VAN BONEVAL FAURE II blz. 501.

<sup>2)</sup> VAN ROSSEM ad art. 56, aant. 4.

<sup>3)</sup> Vgl. VAN ROSSEM blz. 118.

De wetgever heeft den algemeenen regel van art. 1401 B.W. tot grondslag gelegd ter beslissing van de vraag, wie de kosten van het proces moet dragen. Vgl. hierover FAURE II blz. 494.

<sup>4)</sup> Vgl. VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 351, aant. 2, met aldaar aangehaalde jurisprudentie. Aldus ook nog Hof Leeuwarden, 24 October 1934, N. J. 1935 blz. 336.



Wanneer echter de geintimeerde deze kwestie in zijn conclusie ter sprake brengt zal hij dit wel in dergelijke bewoordingen doen, dat hieruit een incidenteel appel kan worden afgeleid, al is dit ook niet op formeele wijze geschied.

Een soortgelijke bepaling als art. 351 Rv. ontbreekt ten aanzien van de uitvoerbaarverklaring bij lijfswang. Wanneer deze is gevorderd, doch niet toegewezen, onverschillig of zulks zijn oorzaak vindt in een uitdrukkelijke verwerping of in een omissie, zal de geintimeerde deze uitvoerbaarverklaring in hooger beroep alleen bij wijze van incidenteel appel kunnen vorderen, doch ook hier geldt, dat het opwerpen van dit punt wel zeer spoedig als een incidenteel appel kan worden beschouwd.

In het arrest van 1841 (I) schijnt de Hooge Raad er van uit te gaan dat, indien de lagere rechter verzuimd heeft op de gevraagde uitvoerbaarverklaring bij lijfswang uitspraak te doen, wél, doch indien deze is afgewezen, niet zonder incidenteel appel deze vordering mag worden berecht. Voor een dergelijke onderscheiding lijkt ons hier geen plaats: in beide gevallen is de eischer evenzeer benadeeld. Laat hij in appel dit punt geheel onbesproken, dan is er voor den appelrechter geen reden hierop eigenmachtig terug te komen, en mag hij hierop ook niet terugkomen, omdat dit punt niet aan hem is voorgelegd.

Ten aanzien van de gevraagde veroordeeling tot verbeurte van een dwangsom bij niet voldoen aan het vonnis zal hetzelfde gelden als bij de vordering tot uitvoerbaarverklaring bij lijfswang.

### De positie van den appellant.

In de voorafgaande bladzijden zagen wij de vraag onder het oog, in hoeverre de omvang van het appel zich uitstrekt ten aanzien van de in eersten aanleg door den thans *geintimeerde* aangevoerde stellingen. In de praktijk komt de zaak daarbij hoofdzakelijk hierop neer, of die stellingen al dan niet in hooger beroep moeten worden onderzocht zonder dat incidenteel appel is ingesteld.

Ten aanzien van de posita van den *appellant* is de zaak eenvoudiger. Het lijkt hier niet noodig te onderscheiden, of de appellant in eersten aanleg eischer of gedaagde is geweest, noch of zijn stellingen door den eersten rechter zijn verworpen of onbesproken zijn gelaten. Als algemeene stelling kan worden vooropgezet dat, brengt de appellant zijn argumenten niet opnieuw naar voren, hij geacht moet worden daarvan af te zien, onverschillig of zulks betreft gronden voor, of verweren tegen een vordering, onverschillig of de eerste rechter deze uitdrukkelijk heeft verworpen of stilzwijgend is voorbijgegaan. Dit is een uitvloeisel van den regel: *tantum devolutum quantum appellatum*. De appellant heeft het in de eerste plaats in zijn macht den omvang van het appel te bepalen.

Hij kan den rechtsstrijd beperken tot een gedeelte van de twistpunten, welke partijen in eerste instantie verdeeld hielden.

In twee arresten heeft de Hooge Raad dit standpunt gehuldigd, nl. die, genoemd onder XIV en XXII: uit den aard van het hooger beroep volgt, dat dit niet strekt om zonder meer aan het oordeel van den hoogerem rechter al het in eerste instantie aangevoerde te onderwerpen, doch alleen om de behoorlijk te zijner kennis gebrachte grieven tegen de bestreden uitspraak te doen beoordeelen.

Dit zal ook gelden ten aanzien van de in eerste instantie *onbesproken gebleven* gronden of verweren. Met betrekking tot den geïntimeerde kwamen wij tot een andere conclusie, omdat deze door het onbesproken blijven zijner stellingen niet benadeeld was. Dit kan van den appellant, de verongelijkte partij, niet gezegd worden. Heeft de eerste rechter de betreffende stelling onbesproken gelaten omdat hij deze onjuist achtte, dan staat zulks gelijk met een verwerping, en is de appellant er zeker door benadeeld. Is de stelling onbesproken gelaten om andere reden (bv. door een omissie), ook dan is de appellant er door benadeeld: een onderzoek er van had wellicht tot een andere uitspraak kunnen leiden.

Het onder XIV genoemde arrest hebben wij hier alleen opgenomen vanwege de rechtsoverwegingen. Wat de zaak zelf betreft, deze kan beschouwd worden als een geval van objectieve cumulatie: in het betreffende vonnis werden, tengevolge van voeging, twee verschillende vorderingen berecht, de vordering tot van waardeverklaring, en de schadestaatvordering.

Wat aangaat het arrest van 1934 (XXII), hier geeft de Hooge Raad niet alleen den algemeenen regel, maar ook een uitzondering op dien regel, nl. dat de appelrechter ambtshalve die uitspraak van den lageren rechter heeft te toetsen aan wetsvoorschriften, welke de openbare orde raken. Bedoelt de Hooge Raad hiermede dat dit de eenige uitzondering is? De redactie luidt algemeen, maar het is ook mogelijk dat alleen de uitzondering werd genoemd welke in casu van belang kon zijn: het ging over de vraag of art. 134 Rv. al dan niet van openbare orde is.

In ieder geval komt het ons voor dat op dien regel meer uitzonderingen kunnen worden geformuleerd, in de eerste plaats deze, dat de appelrechter gehouden is ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Nu is weliswaar artikel 48 Rv. zelf van openbare orde, maar de wetsvoorschriften, waaraan ingevolge dit artikel de uitspraak moet worden getoetst, behoeven geenszins van openbare orde te zijn.

Moet hier ook een uitzondering worden gemaakt voor de in eerste instantie naar voren gebrachte, maar in hooger beroep niet uitdrukkelijk herhaalde stellingen, indien deze geacht kunnen worden door een bepaalde grief te worden bestreken? Wij zouden meenen van wél, al zal zulks zich niet zoo spoedig voordoen bij stellingen van den appellant zelf, als bij posita van den geïntimeerde. Het is echter mogelijk dat een appellant, die in eerste instantie twee afzonderlijke argumenten

voor zijn standpunt heeft aangevoerd, in appel slechts één grief opwerpt, welke weliswaar slechts één dier stellingen uitdrukkelijk naar voren brengt, maar uit welks strekking volgt dat daaronder ook de andere stelling wordt omvat.

### Bijvorderingen.

Wat betreft de bijvorderingen, zooals die tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad of bij lijfswang, tot veroordeeling in de proceskosten of tot betaling van wettelijke rente, moge worden verwezen naar hetgeen hierboven, blz. 145 v.v., daaromtrent is opgemerkt.

Waar wij ten aanzien van den geïntimeerde tot de slotsom kwamen dat de appelrechter (behoudens de toepassing van art. 351 Rv. wat betreft de uitvoerbaarverklaring bij voorraad) zonder incidenteel appel van deze vorderingen geen kennis mag nemen, zouden wij hier a fortiori moeten concludeeren dat, indien de oorspronkelijke eischer als appellant hiertegen niet uitdrukkelijk heeft geappelleerd, de appelrechter zich van een onderzoek daarnaar moet onthouden. Dit beroep moet echter als regel geacht worden te liggen opgesloten in de memorie van grieven. In de praktijk worden deze vorderingen als één geheel met de hoofdvordering beschouwd. De eerste rechter heeft „de ingestelde vordering” ontzegt, of niet ontvankelijk verklaard, doch gewoonlijk wordt niet afzonderlijk de hoofdvordering, en daarnaast de vordering tot betaling van de wettelijke rente afgewezen. Hij heeft niet uitdrukkelijk de vordering tot veroordeeling van gedaagde in de proceskosten ontzegt, doch eenvoudig den eischer zelf in de proceskosten veroordeeld. Naast de ontzegging der vordering zelf was het niet noodig ook nog afzonderlijk te beslissen, dat derhalve voor de uitvoerbaarverklaring bij voorraad of bij lijfswang, of tot bepaling van een dwangsom, geen plaats was. In consequentie hiermede zal de appellant derhalve ook alleen grieven aanvoeren tegen de beslissing op de hoofdvordering, en concludeeren tot vernietiging van de aangevallen beslissing en toewijzing der oorspronkelijk ingestelde vordering, daarmede op het oog hebbende: mét de wettelijke rente; uitvoerbaar bij voorraad en/of bij lijfswang, en met veroordeeling van geïntimeerde in de kosten van *beide* instantien.

### Kan het appel strekken ten nadeele van den appellant?

In 1931 (XX) zag de Hooge Raad er geen bezwaar in, dat de appellant tengevolge van zijn appel in een nadeeliger positie kwam te verkeeren. Nadien heeft de Hooge Raad nog een tweetal arresten gewezen, waarbij deze kwestie ter sprake kwam. In 1935 <sup>1)</sup> was de gedaagde in appel gekomen van twee interlocutoire vonnissen van den kantonrechter, waarbij

<sup>1)</sup> H.R. 31 Januari 1935, N.J. 1935 blz. 513.

een getuigenbewijs, respectievelijk een deskundigenverhoor, was gelast. De geintimeerde kwam incidenteel in beroep. De appellant stelde zich voor, dat door zijn appel ofwel de vordering ineens zou worden afgewezen, of dat een beter geformuleerde opdracht aan de deskundigen zou worden gegeven, en in het voor hem nadeeligste geval, indien de Rechtbank met zijn stellingen niet meeding, de vonnissen van den kantonrechter zouden worden bevestigd. <sup>1)</sup> Er geschiedde echter iets waarop hij in het geheel niet had gerekend: de Rechtbank gelastte een nieuw getuigenverhoor, hetgeen tengevolge had dat bij eindvonnis de vordering werd toegewezen.

In cassatie klaagde de oorspronkelijke gedaagde o.a. hierover, dat de Rechtbank, haar rechtsmacht en de grenzen van het appel overschrijdende, het appel deed strekken ten nadeele van hem, die het had ingesteld. De Hooge Raad verwierp dit middel eenvoudig, omdat daarbij werd voorbijgezien dat geintimeerde incidenteel had geappelleerd. Hieruit zou kunnen worden opgemaakt dat de Hooge Raad, voor het geval geen incidenteel appel zou zijn ingesteld, het aangevoerde middel juist zou hebben bevonden, doch dit behoeft uit deze uitspraak niet te volgen, en het arrest van 1931 (XX) doet het tegendeel vermoeden.

In 1938 <sup>2)</sup> besliste de Hooge Raad dat, indien de appellant er over klaagt dat een uitkeering door den kantonrechter te laag is gesteld, de Rechtbank — indien de andere partij harerzijds niet incidenteel heeft geappelleerd — deze uitkeering niet op een lager bedrag (in casu nihil) mag stellen.

Indien het alleen gaat over de vraag, hoe groot het uit te keeren bedrag moet zijn, is deze beslissing inderdaad juist. Vraagt bijvoorbeeld de eischende partij een uitkeering van f 100,— per maand, en betwist de ander deze vordering, door te stellen dat hij slechts f 25,— per maand, of in het geheel niets, kan betalen, dan zijn, indien de uitkeering wordt vastgesteld op f 60,—, beide partijen gedeeltelijk in het ongelijk gesteld. Indien beiden zich hierdoor bezwaard gevoelen kunnen zij beide in appel gaan, doch, gaat slechts één van hen in hooger beroep, dan mag de appelrechter de zaak ook slechts beoordeelen voor zoover de appellant in het ongelijk is gesteld, krachtens het adagium *tantum devolutum quantum appellatum*. Zou echter de appelrechter in het gegeven voorbeeld van oordeel zijn, dat de ingestelde vordering niet op de wet is gebaseerd, dan zal hij haar ambtshalve niet-ontvankelijk moeten verklaren, <sup>3)</sup> hetgeen derhalve ten gevolge heeft dat de appellant tengevolge van zijn hooger beroep is benadeeld.

Ook afgezien van artikel 48 Rv. kunnen zich echter gevallen voordoen

<sup>1)</sup> Vgl. de conclusie van den Adv.-Gen. WIJNVELDT.

<sup>2)</sup> H.R. 25 April 1938, Periodieke Verzameling van Administratieve en Rechterlijke Beslissingen betr. het best. in Ned. 1938—1026; Bijv. Stbl. 1938—277; Repertorium 1937—1939 nos. 8049 en 10496.

Aldus ook Hof Amsterdam 31 Maart 1939, W. en N.J. 1939 no. 701.

<sup>3)</sup> Vgl. de arresten, aangehaald onder IX en X.

dat de appelrechter, de zaak onderzoekende voorzoover zij hem is voorgelegd, een beslissing moet geven in het nadeel van den appellant, zooals bijvoorbeeld het onder XX aangehaalde arrest leert.

Als regel meenen wij derhalve te kunnen vooropstellen dat het appel *niet* mag strekken ten nadeele van den appellant, indien niet incidenteel is geappelleerd.

Deze regel lijdt in de eerste plaats uitzondering voor het geval de appelrechter, krachtens artikel 48 Rv., of een bepaling van openbaren orde, een beslissing moet geven in het nadeel van den appellant.

Bovendien kan in sommige omstandigheden door het hooger beroep de appellant in een nadeeliger procespositie komen te verkeerem, waardoor het mogelijk is dat hij ook materieel door zijn appel is benadeeld.

### Art. 48 Rv.

Wat de toepassing van artikel 48 Rv. voor ons onderwerp betreft, moge worden verwezen naar hetgeen in het begin van deze § is opgemerkt. Onder XVII wordt een toepassing gegeven van 's Hoogen Raads leer, dat de rechter ambtshalve niet een feitelijk verweer mag aanvullen. Daarentegen werden in 1851 (III) en in 1934 (XXIII) wel degelijk feitelijke gronden aangevuld: het Hof grondde immers in beide gevallen zijn beslissing op feiten, waarop de partijen geen beroep hadden gedaan. In 1851 overweegt de Hooqe Raad o.i. ten onrechte dat hier art. 48 Rv. was toegepast. In 1934 was echter geen sprake van feitelijke gronden voor de vordering of voor het verweer, maar ging het over de *weerlegging* van een feitelijk verweer. In zooverre is er geen strijd met de, ook in arrest XVII gehuldigde, leer van den Hoogen Raad.

Intusschen leert dit arrest (XXIII) wel, evenals het onder XX genoemde, hoe ingewikkeld het kan zijn telkens feitelijk vast te stellen wat door het appel wordt omvat.

### S c h e m a.

Het kan wellicht zijn nut hebben de algemeene lijnen van deze samenvatting in een schema neer te leggen, hoewel dit uitteraard slechts zeer summier kan zijn. In het schema op pag. 152 hebben wij getracht het vraagstuk in groote trekken weer te geven.

#### *d. Bijzondere gevallen (art. 284 B.W.).*

Een geval waaromtrent onlangs<sup>1)</sup> de Hooqe Raad uitspraak deed dient nog behandeld te worden. Wegens zijn bijzonderen aard lijkt het beter dit afzonderlijk te bespreken.

<sup>1)</sup> H.R. 29 Januari 1942, W. en N.J. 1942 no. 287.

t.a.v. den appellant	<div> <div>oorspronkelijk eischer</div> <div>oorspronkelijk gedaagde</div> </div>	<div> <div>slechts met datgene van het in eerste instantie aangevoerde mag worden rekening gehouden, wat door uitdrukkelijke grieven aan het oordeel van den appelrechter is onderworpen, onverschillig of dit in eerste instantie is verworpen, of onbesproken gelaten.</div> </div>	<div> <div>uitzonderingen:</div> <div> a. openbare orde;  b. art. 48 Rv.;  c. de strekking van een aangevoerde grief laat uitbreiding toe (<i>dit zal zich slechts bij uitzondering voordoen</i>). </div> </div>
t.a.v. den geïntimeerde	<div> <div>oorspronkelijk eischer</div> <div>oorspronkelijk gedaagde</div> </div>	<div> <div>het in eerste instantie aangevoerde is niet onderzocht: dit mag (moet) door den appelrechter zonder incidenteel appel onderzocht worden.</div> <div>het in eerste instantie aangevoerde is verworpen: dit mag door den appelrechter niet zonder incidenteel appel onderzocht worden.</div> </div>	<div> <div>uitzonderingen:</div> <div> a. openbare orde;  b. art. 48 Rv.;  c. de strekking van een aangevoerde grief laat uitbreiding toe (<i>dit zal zich slechts bij uitzondering voordoen</i>). </div> </div>
		<div> <div>een verweer is in eerste instantie niet onderzocht: dit mag (moet) door den appelrechter zonder incidenteel appel onderzocht worden.</div> <div>een verweer is in eerste instantie verworpen: dit mag door den appelrechter niet zonder incidenteel appel onderzocht worden.</div> </div>	<div> <div>uitzonderingen:</div> <div> a. openbare orde;  b. art. 48 Rv.;  c. de strekking van een aangevoerde grief laat uitbreiding toe (<i>dit zal zich veelvuldig voordoen</i>). </div> </div>

Door de vrouw B. werd tegen haar echtgenoot W., een Chinees, een vordering ingesteld tot echtscheiding met nevenvorderingen. De Rechtbank wees de vordering toe, sprak de echtscheiding uit, veroordeelde W. tot het doen van een uitkeering voor levensonderhoud aan B., beval de scheiding en deeling der gemeenschap, en bepaalde een dag voor de oproeping der ouders en bloedverwanten teneinde te worden gehoord omtrent de voorziening in de voogdij en de toeziende voogdij over de uit het huwelijk geboren minderjarige kinderen.

W. ging van dit vonnis in appel, verklaarde te berusten in de echtscheiding en de veroordeeling tot betaling van levensonderhoud, doch bestreed de beslissing betreffende de verdeling der gemeenschap van goederen, en concludeerde tot vernietiging van het vonnis, met dien verstande dat B. alsnog in hare vordering tot scheiding der gemeenschap niet-ontvankelijk zou worden verklaard. Als eenige grief voerde hij aan, dat door de Rechtbank ten onrechte was aangenomen dat tusschen partijen algeheele gemeenschap van goederen bestond, en de Rechtbank er ten onrechte van was uitgegaan dat ten deze toepasselijk zouden zijn de bepalingen van het Nederlandsche, en niet die van het Chineesche recht.

Het Hof oordeelde deze grief gegrond, na onder meer te hebben overwogen dat W. is een in China geboren Chinees, die in 1917 zich in Nederland heeft gevestigd, en dat B. door haar huwelijk, dat in 1921 te Amsterdam plaats vond, de Chineesche nationaliteit heeft verkregen, en dat het huwelijksgoederenrecht der echtgenooten wordt beheerscht door hunne nationale wet.

Vervolgens overwoog het Hof ten aanzien der minderjarige kinderen:

„dat ook de rechtsverhouding tusschen ouders en minderjarige kinderen na een echtscheiding overeenkomstig de bepalingen van het Chineesche recht moet worden geregeld;

dat volgens art. 1051 van het Chineesche Burg. Wetb. bij eene scheiding zonder rechterlijke tusschenkomst de minderjarige kinderen aan de zorgen van den vader blijven toevertrouwd, tenzij partijen anders overeenkomen;

dat volgens art. 1055 van gemeld Wetboek bij een bij vonnis uitgesproken echtscheiding art. 1051 toepasselijk is, tenzij de rechter in het belang der kinderen een verzorger der kinderen benoemt;

dat derhalve geen voorziening in de voogdij moet plaats vinden, doch de rechter, die de echtscheiding uitsprak, zijnde de Rechtbank, eventueel na verhoor van partijen en familieleden, zal moeten beslissen, of er termen aanwezig zijn om in het belang der kinderen van den regel van art. 1051 van het Chineesche Burg. Wetb. af te wijken;”

Het Hof bekrachtigde vervolgens het vonnis voorzoo veel betreft de daarin uitgesproken echtscheiding en de veroordeeling tot betaling van levensonderhoud, maar vernietigde het vonnis voor al het overige, en

verwees de zaak, na ontzegging der vordering tot verdeeling der gemeenschap van goederen met nevenvorderingen, terug naar de Rechtbank te Amsterdam, teneinde te beslissen aan wien de zorg voor de uit het huwelijk geboren minderjarigen zou worden toevertrouwd, en bij wien deze kinderen zouden verblijven.

In cassatie voerde W. als een der middelen aan, dat het Hof zijn rechtsmacht had overschreden door de vraag te onderzoeken, welk recht toepasselijk was ten aanzien van de minderjarige kinderen, en de rechtsverhouding tusschen dezen en hunne ouders, en daarover een beslissing te geven, zijnde het appel beperkt tot de beslissing omtrent de verdeeling der gemeenschap.

De Hooge Raad verwierp dit middel op grond van de overwegingen:

„dat de Rechtbank bij het uitspreken der echtscheiding, den dag bepalende voor het familieverhoor betreffende de voorziening in de voogdij en de toeziende voogdij over de minderjarige kinderen, niet anders deed dan hetgeen art. 284 B.W. dwingend voorschrijft, namelijk terstond een termijn bepalen voor een procesmaatregel, die na het vonnis moet volgen om te komen tot een beschikking omtrent de kinderen; dat dan ook door deze dagbepaling alleen nog geen enkele beslissing gegeven is, die op de te geven voorziening zelve van invloed kan zijn, ook niet een beslissing omtrent de toepasselijkheid in deze van Nederlandsch recht;

dat derhalve het Hof in deze door geen beslissing der Rechtbank gebonden was en het Hof, geroepen om bij de bekrachtiging der door de Rechtbank uitgesproken echtscheiding een nieuwe dagbepaling te doen voor de comparitie, bedoeld in art. 284 B.W., welke wel reeds door de Rechtbank bij haar uitspraak was gedaan, doch op een datum die tijdens het uitspreken van 's Hofs arrest reeds was verstreken, en van oordeel dat in het onderhavige geval niet het Nederlandsche recht, doch vreemd recht de voorziening omtrent de minderjarige kinderen na de echtscheiding beheerscht, vrij was om op dit punt uitdrukkelijk een beslissing te geven;”

Deze overwegingen komen ons op meerdere punten onjuist voor.

In de eerste plaats betoogt de Hooge Raad dat de Rechtbank, een dag bepalend voor een familieverhoor, niet anders deed dan hetgeen art. 284 B.W. *dwingend voorschrijft*.

De dagbepaling voor een familieverhoor teneinde te voorzien in de voogdij en de toeziende voogdij dient echter alleen te geschieden indien daarin inderdaad moet worden voorzien. De wetgever is in artikel 284 B.W. uitgegaan van het normale geval, dat de partijen Nederlanders zijn, en derhalve volgens het Nederlandsche recht een voogd en een toeziende voogd moeten worden benoemd. <sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> Indien in de voogdij en de toeziende voogdij reeds is voorzien zal er geen familieverhoor behoeven te worden gehouden. Vgl. Rechtbank Tiel, 22 November 1912, T. d. K. V, 19.



Indien echter een Nederlandsche Rechtbank de echtscheiding uitsprekt tusschen niet-Nederlanders, wier minderjarige kinderen niet-Nederlanders zijn, zal de nationale wet van die partijen de verhouding tusschen de ouders en de kinderen bepalen. <sup>1)</sup> Zoo houdt volgens de Fransche en Belgische wet na de ontbinding van het huwelijk de ouderlijke macht niet op te bestaan. De kinderen worden in den regel toegekend aan den echtgenoot, op wiens vordering de echtscheiding wordt uitgesproken. <sup>2)</sup> Ook volgens het Duitsche recht houdt de ouderlijke macht door de echtscheiding niet op, en wordt de positie der kinderen door de wet geregeld. <sup>3)</sup> In dergelijke gevallen is er voor een familieverhoor geen plaats, en zeker niet voor een familieverhoor omtrent de voorziening in de voogdij en in de toeziende voogdij. <sup>4)</sup>

In casu waren de partijen van Chinese nationaliteit, zoodat art. 1055 van het Chineseche Burgerlijk Wetboek toepasselijk was. Buiten de bepalingen van de door het Hof aangehaalde artikelen is het Chineseche recht ons ten eenenmale onbekend, en wij weten niet of de Chineseche wet voorschrijft dat de rechter, de echtscheiding uitsprekend, alvorens te beslissen of hij van de normale regeling zal afwijken, een familieverhoor moet gelasten. Uit de bepaling van art. 1055 meenen wij echter te mogen afleiden dat de Rechtbank, indien zij reeds bij het uitspreken van de echtscheiding van oordeel is dat er geen aanleiding bestaat van de gewone regeling af te wijken, geen enkele reden heeft een familieverhoor te gelasten. *Dwingend verplicht* om een familieverhoor te gelasten was de Rechtbank in casu dus zeker niet.

Bovendien: wanneer de Rechtbank inderdaad dwingend verplicht zou zijn geweest een dag te bepalen voor een familieverhoor met genoemd doel, zou het Hof ook niet gerechtigd zijn geweest de beslissing te vernietigen.

Vervolgens achten wij onjuist de opvatting, dat de Rechtbank, door een dag te bepalen voor een familieverhoor, geen beslissing heeft gegeven

<sup>1)</sup> Vgl. art. 1 van het Verdrag van 12 Juni 1902 tot regeling der voogdij van minderjarigen: „De voogdij van een minderjarige wordt beheerscht door zijn nationale wet”.

<sup>2)</sup> Art. 302 C.C. Dit was ook het stelsel van onze wet vóór de wijziging van 1901.

<sup>3)</sup> § 1635 B.G.B.

<sup>4)</sup> Vgl. o.a. de volgende beslissingen:

Bij een echtscheiding van Fransche echtgenooten:

Rb. 's-Gravenhage 4 Maart 1920, N.J. 1922 blz. 72.

Idem van Belgische echtgenooten:

Rechtbank Utrecht, 22 Juli 1925, W. 11431; N.J. 1926 blz. 328.

Toepassing van Duitsch recht:

Rb. 's-Gravenhage 3 Augustus 1923, N.J. 1924 blz. 78; Rb. Utrecht, 25 April 1928, N.J. 1930 blz. 359; Rb. Rotterdam 12 Augustus 1931, W. 12657; Hof 's-Gravenhage 15 October 1934, N.J. 1935 blz. 240; Rb. Amsterdam (k.g.) 28 Januari 1937, W. en N.J. 1937 no. 969; Rb. 's-Gravenhage 4 November 1937, W. en N.J. 1938 no. 1012.

Engelsch recht: Rb. Amsterdam 24 Juni 1937, W. en N.J. 1937 no. 970.

welke op de te geven voorziening van invloed *kan* zijn. Dit verhoor wordt gehouden tot een bepaald doel. Volgens art. 284 B.W. wordt een dag bepaald, opdat de ouders en bloedverwanten of aangehuwden der minderjarigen worden gehoord *omtrent de voorziening in de voogdij en de toeziende voogdij*, en de Rechtbank had ook uitdrukkelijk beslist dat het familieverhoor zou worden gehouden omtrent de voorziening in de voogdij en de toeziende voogdij. Wij nemen aan dat de Rechtbank, na het verhoor tot de conclusie komend dat het Chineesche recht moest worden toegepast, en er dus geen sprake kon zijn van een benoeming van een voogd en toeziende voogd, gerechtigd was hare uitspraak te laten voor wat zij was, de voogdijbenoeming achterwege kon laten, en eenvoudig kon bepalen aan wiens zorg de minderjarigen zouden worden toevertrouwd. De Rechtbank was er bij hare beslissing echter van uitgegaan dat het Nederlandsche recht moest worden toegepast, en een voogdijbenoeming moest plaats hebben. Al was zij aan deze aanvankelijke meening niet gebonden, de mogelijkheid was aanwezig dat zij deze zou handhaven, en de beslissing *kon* o.i. dan ook van invloed zijn op de te geven voorziening.

Niet de simpele dagbepaling, maar de beslissing dat het familieverhoor zou worden gehouden *betreffende de voorziening in de voogdij en de toeziende voogdij* werd door het Hof vernietigd. De vraag is of het Hof daartoe gerechtigd was.

De Hooge Raad overweegt: de Rechtbank had geen beslissing gegeven welke op de te geven voorziening van invloed kon zijn, en daarom was het Hof door deze beslissing niet gebonden.

Dit gebruik van den term *gebonden* doet onmiddellijk denken aan analogische toepassing van het adagium: *l'interlocutoire ne lie pas le juge*, welke spreuk niet alleen geldt voor den rechter ten aanzien van de door hem zelf gegeven interlocutoire beslissingen, maar ook voor den appelrechter t.a.v. door den lageren rechter gegeven interlocutoire beslissingen.<sup>1)</sup> Het is echter noodzakelijk hier zuiver te onderscheiden. De genoemde spreuk heeft deze beteekenis, dat de rechter, die het interlocutoir vonnis heeft gewezen, niet gebonden is aan zijn, in dit vonnis neergelegde, aanvankelijke meening. Heeft hij b.v. aan de eischende partij gelast haar stellingen door getuigen te bewijzen, dan geeft hij daarmede te kennen dat hij, indien de eischer slaagt in het bewijs, de vordering ook zal toewijzen, maar hij is aan deze aanvankelijke meening niet gebonden, en kan, naderhand tot de conclusie komend dat de vordering moet worden afgewezen ondanks het geleverde bewijs, zulks vrijelijk doen. Ten aanzien van den appelrechter geldt hetzelfde. Is deze geroepen een einduitspraak te geven, dan kan hij beslissen zonder rekening te houden met het interlocutoir vonnis van den eersten rechter, d.w.z. met diens in dat vonnis neergelegde aanvankelijke meening.<sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> Vgl. noot 1 blz. 71.

<sup>2)</sup> Vgl. hierover het artikel van schrijver dezes in R.M. Th. 1941 blz. 224 v.v.

Slechts in zooverre is de appelrechter niet *gebonden* door de interlocutoire beslissing van den eersten rechter, doch de rechtspreuk *l'interlocutoire ne lie pas le juge* heeft volstrekt niet deze beteekenis, dat het den appelrechter zou vrijstaan een interlocutoir vonnis te *vernietigen* indien daartegen niet uitdrukkelijk is geappelleerd.

Ditzelfde zou men ook kunnen opmerken t.a.v. de beslissing, gegeven krachtens art. 284 B.W., eerste lid. Indien de Rechtbank een dagbepaling geeft voor het hooren van ouders en verwanten omtrent de voogdijvoorziening, geeft zij als haar aanvankelijke meening te kennen dat zij ook tot de benoeming van een voogd en toezienden voogd zal overgaan, doch zij is daartoe niet gehouden indien haar later blijkt, dat er voor een dergelijke benoeming geen reden is. Zoo zal ook het Hof, geroepen om een beslissing te geven omtrent de voogdijvoorziening, aan deze meening van de Rechtbank niet gebonden zijn, en een benoeming kunnen en moeten nalaten indien daartoe geen reden is. Maar dit niet-gebonden zijn brengt nog volstrekt niet mede dat het Hof die beslissing ook mag *vernietigen*. Vernietigen mag de appelrechter een beslissing alleen, als deze in het hooger beroep is betrokken.

Nu overweegt de Hooge Raad ook niet eenvoudig dat het Hof, door de beslissing der Rechtbank niet gebonden zijnde, deze daarom ook mocht vernietigen. De beslissing schijnt te rusten op twee grondgedachten: het Hof was door de beslissing niet gebonden, en bovendien was het Hof geroepen een nieuwe dagbepaling te doen, omdat de door de Rechtbank vastgestelde datum inmiddels was verstreken.

Het mag betwijfeld worden of het Hof inderdaad geroepen was een nieuwe dagbepaling te doen.

Indien het Hof de echtscheiding uitspreekt nadat de vordering door de Rechtbank was afgewezen, zal het Hof zelf in de voogdij moeten voorzien, en dus zelf den dag moeten bepalen waarop het familieverhoor in 's Hof's raadkamer zal plaats hebben. <sup>1)</sup>

Wanneer de Rechtbank de echtscheiding heeft uitgesproken, en het Hof vernietigt dit vonnis, dan zal daarmee ipso facto de beslissing omtrent het verhoor komen te vervallen.

Wanneer de Rechtbank de echtscheiding heeft uitgesproken, en het Hof bevestigt deze uitspraak, dan zal het Hof in het algemeen o.i. met een eenvoudige bevestiging van het vonnis kunnen volstaan, zonder een afzonderlijke beslissing te geven over een nieuwe dagbepaling van het verhoor. De echtscheiding is door de Rechtbank uitgesproken, en deze zal dus ook de voogdijbenoeming hebben te doen. Aan de meest gereede partij wordt dan overgelaten aan de Rechtbank een nieuwe dagbepaling te verzoeken indien de eerste reeds verstreken was, *aange-*

<sup>1)</sup> H.R. 14 October 1927, W. 11738 m.o. S.B.

Men heeft hier wederom een geval, dat de appelrechter in eerste en hoogste ressort recht spreekt tengevolge van de devolutieve werking van het appel. Zie hieronder § 17.

*nomen al dat het familieverhoor inmiddels niet voor de Rechtbank heeft plaats gevonden.* Naar wij meenen is dit ook het gebruik bij de Hoven.

Nu is het wel merkwaardig, dat het Hof in het onderhavige geval zich in het geheel niet geroepen heeft gevoeld zelf een nieuwen dag te bepalen voor het verhoor, maar de zaak heeft terugverwezen naar de Rechtbank, teneinde te beslissen aan wiens zorg de minderjarige kinderen zullen worden toevertrouwd. Het Hof blijft er zelfs buiten of een familieverhoor wel noodig is, hetgeen ook tot uiting komt in den tusschenzin „eventueel na verhoor van partijen en familieleden”. Het feit, dat het Hof een nieuwen dag moest bepalen voor het verhoor, kan dus noch in het algemeen, noch in het onderhavige geval als een motief worden aangehaald, dat het Hof de beslissing der Rechtbank mocht beoordeelen en vernietigen<sup>1)</sup>.

De gronden, waarop de Hoge Raad zijn beslissing heeft gebaseerd, lijken ons derhalve niet juist. De vraag blijft of juist is de uitspraak zelf, dat het Hof gerechtigd was de beslissing te vernietigen.

Een onderzoek naar het karakter van deze beslissing brengt ons slechts weinig verder.

De wet verlangt dat alle minderjarigen, die niet staan onder de ouderlijke macht, onder voogdij zullen komen (art. 414 B.W.). Indien niet reeds op wettige wijze in de voogdij is voorzien wordt de voogd benoemd door den rechter. Als de gewone rechter, belast met het benoemen van voogden, is aangewezen de kantonrechter (art. 413 B.W.).

Wanneer een huwelijk wordt ontbonden door echtscheiding, dan eindigt de ouderlijke macht. Omdat de rechter, die de echtscheiding uitsprekt, geacht wordt bekend te zijn met de verhouding tusschen de ouders en de kinderen, is de wet afgeweken van de gewone regeling, en zij heeft *dien* rechter belast met de voorziening in de voogdij.

In het algemeen geschiedt de benoeming van een voogd op verzoek, doch zij kan ook ambtshalve plaats hebben (vgl. art. 417 B.W.). Zoo bepaalt de wet ook in art. 284 B.W. dat de rechter, die de echtscheiding uitsprekt, niet afwacht tot bij hem een verzoek tot voogdijbenoeming binnenkomt, doch dat hij daartoe ambtshalve overgaat. Voordat de benoeming plaats heeft is een verhoor, althans behoorlijke oproeping, van de ouders en verwanten voorgeschreven. De eerste stap, dien de rechter te doen heeft, is een dag bepalen, waarop deze verhooren zullen plaats vinden, en hij zal dit moeten doen (wederom schrijft de wet dit voor) bij het uitspreken van de echtscheiding.

Men zou nu deze beslissing, waarbij ambtshalve een dag voor het verhoor wordt bepaald, kunnen vergelijken met een dagbepaling, welke

---

<sup>1)</sup> Men kan zich ook afvragen welk oordeel de Hoge Raad zou hebben gegeven, wanneer het Hof de beslissing der Rechtbank zou hebben vernietigd en gewijzigd zonder dat de bepaalde dag reeds was verstreken (welk feit zich in de praktijk wel niet spoedig zal voordoen, maar toch denkbaar is).

plaats heeft nadat een verzoek tot voogdijbenoeming is ingekomen, maar er is toch wel eenig verschil.

Indien een dag wordt bepaald na een ingekomen verzoek van belanghebbenden, gaat de rechter vooralsnog af op wat deze belanghebbenden omtrent de feiten stellen, doch hij onderzoekt niet of de omstandigheden, noodig voor een voogdijvoorziening, werkelijk aanwezig zijn.

Indien de kantonrechter ambtshalve overgaat tot benoeming van een voogd gaat hij niet af op wat belanghebbenden hem mededeelen, doch hij handelt zelfstandig. Hier ligt in de beslissing, waarbij een familieverhoor wordt bevolen, opgesloten: er *moet* een voogd worden benoemd.

De beslissing, door den rechter genomen krachtens art. 284 B.W., ligt tusschen beide in: weliswaar gaat ook hier de rechter af op wat hem in het geding is gebleken, en door belanghebbenden is medegedeeld (al zullen deze mededeelingen gewoonlijk wel gestaafd zijn door ambtelijke stukken), en weliswaar zal de eischende partij in de dagvaarding wel de geijkte formule hebben opgenomen „wijders met bepaling van tijd en plaats, waarop het in art. 284 B.W. bedoelde verhoor zal worden gehouden”, doch de rechter beslist hier zelfstandig en ambtshalve krachtens de wet. Ook hier gaat hij er bij deze beslissing derhalve van uit: er moet in de voogdij worden voorzien.

Wanneer men bij deze drie genoemde beslissingen den nadruk legt op de *dagbepaling* kan men aannemen dat zij een praeparatoir karakter hebben. De ambtshalve beslissingen, ook die van art. 284 B.W., zijn echter niet zuiver preaeparatoir: de rechter geeft er in te kennen dat naar zijn meening in de voogdij moet worden voorzien, en dat hij ook tot benoeming van een voogd en toezienden voogd zal overgaan. Blijkt hem later dat deze aanvankelijke meening onjuist is, dan zal hij daardoor niet gebonden zijn, en kan hij zonder bezwaar een benoeming achterwege laten. In zooverre is de beslissing derhalve verwant aan een interlocutoire beslissing.

En al is de beslissing opgenomen in een eindvonnis, haar zelf kan men geen eindvonnis noemen: integendeel leidt zij een nieuwe proedure in: de voogdijvoorziening.

Wij kunnen haar niet anders dan als een beslissing *sui generis* aanduiden, welke niet wordt gegeven op vordering van een der partijen (zij wordt immers ambtshalve gegeven, ongeacht of partijen daarom hebben gevraagd), doch onmiddellijk en ten nauwste samenhangt met de beslissing, waarbij de echtscheiding wordt uitgesproken.

Gelet op dezen nauwen samenhang met de uitspraak, waarbij de partijen worden gescheiden verklaard van echt, zijn wij van meening, dat het Hof de bevoegdheid heeft de beslissing te beoordeelen en te vernietigen, indien de beslissing omtrent de echtscheiding zelf aan het oordeel van het Hof is onderworpen. <sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> Wij herinneren er aan dat de kwestie alleen van belang is indien het Hof de uitspraak van de Rechtbank, waarbij de echtscheiding is uitgesproken, *bevestigt*. Vgl. hierboven blz. 157.

In casu was dit echter niet het geval. De appellant had uitdrukkelijk verklaard te berusten in de echtscheiding. Deze was dus niet in het appel betrokken. Aan het oordeel van het Hof was dus uitsluitend de vraag onderworpen of de scheiding en deeling van de huwelijksgemeenschap terecht was uitgesproken, een geheel afzonderlijke vordering derhalve, welke ook bij afzonderlijke dagvaarding had kunnen worden aangebracht <sup>1)</sup>; er had hier objectieve cumulatie van vorderingen plaats gehad.

Wij meenen hieruit dan ook te moeten concludeeren, dat het Hof zich van een uitspraak omtrent de dagbepaling ex art. 284 B.W. had moeten onthouden. Ongetwijfeld is de opvatting van den Hoogen Raad practischer, maar het komt nu eenmaal voor dat het leerstuk van de devolutive werking (wij wezen er in de inleiding reeds op) voor den appelrechter onbevredigende situaties kan teweegbrengen. <sup>2)</sup>

#### § 14. UITSPRAKEN OP VERZOEKSCRIFTEN.

In wezen maakt het geen verschil, of men een rechterlijke uitspraak vonnis of beschikking noemt, of dat een geschil bij dagvaarding, bij verzoekschrift of bij aangeteekend schrijven wordt aanhangig gemaakt. De meeste uitspraken echter, welke op een verzoekschrift worden gegeven, behooren tot de voluntaire jurisdictie. De van het gewone geding afwijkende processuele bepalingen, welke zijn voorgeschreven voor verschillende rekestprocedures, al behooren deze wel tot de eigenlijke rechtspraak, maken het bovendien wenschelijk hieraan een afzonderlijke paragraaf te wijden.

Als algemeene regel kan worden vooropgesteld dat ook ten aanzien van deze rechterlijke uitspraken de regel geldt: *tantum devolutum quantum appellatum*.

Een behandeling van alle mogelijke beslissingen op verzoekschriften zou gaan buiten ons bestek. Het lijkt ons voldoende enkele punten aan te stippen, welke voor dergelijke uitspraken van belang zijn.

<sup>1)</sup> Door de Rechtbank te 's-Hertogenbosch wordt zelfs de vordering tot scheiding en deeling, welke tegelijk met de echtscheiding wordt ingesteld, steevast niet-ontvankelijk verklaard, als zijnde praematuur.

<sup>2)</sup> Tot een andere opvatting zou men kunnen komen door aan te nemen dat het Hof, een echtscheidingsvonnis bevestigend, de zaak moet terugwijzen naar de Rechtbank, teneinde de verhouding der kinderen te regelen; dat dit terugwijzen moet geschieden met een bepaald doel; dat dit doel derhalve door het Hof mag worden omschreven, en dat het Hof zoodoende mag kennis nemen van de betreffende beslissing van de Rechtbank. Deze opvatting zou parallel loopen met het betoog van den Hoogen Raad, en meer in overeenstemming zijn met hetgeen het Hof in *werkelijkheid* heeft gedaan.

In den tekst is reeds gebleken dat wij een dergelijken omweg niet noodig achten indien het Hof van het echtscheidingsgeding zelf kennis neemt. En wij betwijfelen of in casu van een *terugwijzen* sprake kan zijn, en het Hof zich niet eenvoudig moet beperken tot een bevestiging van het vonnis voor het overige — indien een bevestiging hier al in aanmerking komt.

Arbeidsgeschillen en huurkoopgeschillen worden weliswaar niet bij dagvaarding aanhangig gemaakt, maar de behandeling geschiedt, op enkele uitzonderingen na, volgens de gewone regelen (artt. 125*a* en 125*g* Rv.). De kennisgeving van den griffier aan de partijen van dag en uur, waarop de zaak zal dienen, kan als een dagvaarding worden beschouwd (artt. 125*d* en 125*i* Rv.), en de uitspraken worden ook niet beschikkingen, maar vonnissen genoemd. Het geding kan als een gewone burgerlijke procedure worden beschouwd, waarop ook de appelvoorschriften normaal worden toegepast. Het vraagstuk van de devolutieve werking van het appel zal hier dus op dezelfde wijze moeten worden opgelost als bij de gewone procedure, behandeld in de vorige paragrafen.

In de vorige bladzijden hebben wij geconstateerd, welk een groote rol het incidenteel appel speelt bij de bepaling van den omvang van het appel. Bij beschikkingen op rekest, waarbij min of meer uitgesproken twee partijen tegenover elkaar staan, is het derhalve van belang vast te stellen of incidenteel appel mogelijk is. Deze vraag is door den Hooogen Raad in ontkennenden zin beantwoord <sup>1)</sup>. In casu betrof het de voorziening in de voogdij en de toeziende voogdij na echtscheiding (art. 284 B.W.), en ging het dus strikt genomen niet over een op verzoekschrift gegeven beschikking: het is immers geen vordering welke op verzoekschrift wordt gedaan. De aard van deze beschikking brengt echter mede, dat zij geheel op één lijn wordt gesteld met de op rekest gegeven beschikkingen. De Hooge Raad heeft dit in het aangehaalde arrest blijkbaar vanzelfsprekend gevonden, want Hij spreekt in het algemeen van *beschikkingen op verzoekschriften*, daarmede in casu op het oog hebbend de beschikking van artikel 284 B.W.

De beslissing wordt als volgt gemotiveerd:

„dat, waar de wet een termijn stelt, binnen welken een rechterlijke uitspraak in hooger beroep kan worden aangetast, als regel moet worden aangenomen, dat een hooger beroep, met overschrijding van dien termijn ingesteld, niet kan worden ontvangen;

dat hieruit volgt, dat slechts dan na het verstrijken van den wettelijken termijn bijwege van incidenteel beroep alsnog grieven tegen een uitspraak kunnen worden aangevoerd, wanneer de wet dit uitdrukkelijk bepaalt;

dat, waar zulks ten aanzien van beschikkingen op verzoekschrift niet het geval is, dit onderdeel niet tot cassatie kan leiden;”

SCHOLTEN is het met deze motiveering wel eens, maar hij teekent hierbij aan in zijn onderschrift:

„Intusschen toont het geval wel dat, nu de request-procedure meer en meer gebruikelijk wordt voor allerlei mogelijkheden van rechtsstrijd tusschen partijen, voor het toelaten van incidenteel

<sup>1)</sup> H.R. 22 Februari 1935, N.J. 1935 blz. 817, m.o. P.S.

beroep alle reden bestaat. Ik herhaal nog eens, wat ik al meer in deze aantekeningen heb gezegd: de request-procedure vraagt dringend om een nadere regeling door den wetgever."

Het gevolg van de opvatting, dat het instellen van incidenteel hooger beroep ten aanzien van beschikkingen op verzoekschrift is uitgesloten, is, dat de omvang van het appel zich beperkt tot hetgeen de appellant den rechter voorlegt. Zoo was in casu door de Rechtbank de vader tot voogd over het oudste, en de moeder tot voogdes over het jongste kind benoemd. De vader kwam in hooger beroep van de beschikking voorzover daarbij was bepaald, dat hij niet tot voogd ook over het jongste kind was benoemd. De moeder van haar kant (incidenteel appellerende) betoogde dat zij voogdes over de beide kinderen moest worden, doch het Hof, overwegende dat incidenteel appel niet mogelijk was, besliste alleen de vraag te moeten beantwoorden of de vader, behalve over het oudste kind, ook over het andere kind de voogdij moest uitoefenen.

In cassatie voerde vrouw aan (behalve opwerpingen tegen de beslissing omtrent het incidenteel appel), dat, afgezien daarvan, indien een der ouders in appel komt, de *geheele* voogdijvoorziening over alle uit het huwelijk geboren kinderen ter beoordeeling van den appelrechter staat, omdat het belang der kinderen praevaleert, en de beslissingen omtrent het eene kind met die omtrent andere kinderen verband houden.

De Hooge Raad oordeelde echter dat, nu alleen beroep was ingesteld voor wat de beschikking der Rechtbank omtrent het jongste kind betreft, dit tengevolge had dat de voorzieningen, welke de Rechtbank aangaande de voogdij over het andere kind had getroffen, aan 's Hofs oordeel waren onttrokken.

De consequentie van dit arrest is, dat in de meestvoorkomende rekest-procedures, n.l. in zaken betreffende onderhoud, geen incidenteel appel kan worden ingesteld, hoewel deze procedure in wezen volkomen met een contentieus geding kan worden gelijkgesteld. Anders dan in arbeids- en in huurkoopzaken is hier een geheel afwijkende wijze van procesvoering voorgeschreven, en de bovenaangehaalde overwegingen van den Hoogen Raad zijn ook hierop toepasselijk. Bij zijn hierboven aangehaalde opmerking zal SCHOLTEN wel in de eerste plaats onderhoudszaken op het oog hebben gehad.

Het Hof zal dus uitsluitend hebben te oordeelen over de zaak *voorzover* de appellant in het ongelijk is gesteld, met deze beperkingen wederom, dat de appelrechter ambtshalve bepalingen van openbare orde zal moeten toepassen, de rechtsgronden moet aanvullen, en verplicht is na te gaan, of in eerste instantie aangevoerde punten niet onder de strekking van het door den appellant ingestelde beroep vallen <sup>1)</sup>. Zou het

---

<sup>1)</sup> Vgl. hierboven blz. 135 v.v.



Hof bijvoorbeeld van meening zijn, dat de ingestelde vordering niet op de wet is gegrond omdat de oorspronkelijke verzoeker geen recht heeft op alimentatie, dan zal de vordering ambtshalve moeten worden afgewezen, onverschillig welke grieven tegen het aangevallen vonnis zijn aangevoerd.

Een andere contentieuze procedure, welke met een verzoekschrift wordt ingeleid, is de vordering tot faillietverklaring. Het vraagstuk van den omvang van het appel zal zich hier niet zoo spoedig voordoen, omdat het wel steeds gaat over de vraag: is het verzoek tot faillietverklaring terecht toe- of afgewezen? Toch kan ook hier de kwestie aan de orde komen, b.v. indien degene, wiens faillissement is aangevraagd, meerdere weren voor de Rechtbank heeft aangevoerd. Hij heeft b.v. opgeworpen: 1. de aanvrager heeft in het geheel geen vordering op mij; 2. de aanvrager stelt zelf dat zijn vordering niet opeischbaar is; 3. ik verkeer niet in den toestand dat ik heb opgehouden te betalen. Indien nu de Rechtbank zich over de eerste en derde weer in het geheel niet heeft uitgelaten,\* maar het verzoek heeft afgewezen, omdat, naar haar meening, een schuldeischer, die geen opeischbare vordering heeft, het faillissement van zijn debiteur niet kan aanvragen, zal het Hof, hierover anders oordeelende, de beide andere weren moeten onderzoeken. Dit zal moeten geschieden, niet alleen omdat een niet-onderzochte weer in appel steeds mag worden onderzocht <sup>1)</sup>, maar ook omdat krachtens artikel 1F. het faillissement slechts mag worden uitgesproken indien de gemelde toestand bestaat, en — behalve op verzoek van den debiteur zelf — op verzoek van iemand, die schuldeischer is, maar niet van een willekeurigen derde.

Hoe moet geoordeeld worden indien de debiteur heeft opgeworpen: 1. de Rechtbank is onbevoegd van het verzoek kennis te nemen, en 2. de aanvrager heeft geen vordering, en de Rechtbank, zich bevoegd verklarende, de vordering heeft afgewezen? Indien de aanvrager in appel komt, mag dan het Hof, oordeelende dat de aanvrager wel degelijk crediteur is, nog onderzoeken of de Rechtbank wel bevoegd was? Of de debiteur bij de behandeling voor het Hof opnieuw een beroep doet op de onbevoegdheid van de Rechtbank zal van geen invloed kunnen zijn omdat, volgens de bovenvermelde leer van den Hoogen Raad, een incidenteel appel niet mogelijk is. Volgens ons hierboven <sup>2)</sup> ingenomen standpunt zou derhalve het Hof geen onderzoek meer kunnen instellen naar de bevoegdheid, tenzij men zou aannemen dat art. 2F. van openbare orde is, hetgeen wellicht op grond van den tekst en de geschiedenis van dit artikel zou zijn te verdedigen. Dezelfde moeilijkheid kan zich echter voordoen bij andere gevallen, b.v. bij een alimentatieprocedure, in welk geval deze bevoegdheidsvraag zeer zeker niet van openbare orde is.

<sup>1)</sup> Vgl. hierboven blz. 133—134.

<sup>2)</sup> Vgl. hierboven blz. 136.

In gevallen van zuivere voluntaire jurisdictie, waarbij niet twee partijen tegenover elkaar staan (b.v. verzoeken tot verkrijging van meerderjarigverklaring of van beperkte handlichting; om te worden beëdigd als makelaar enz.) kunnen zich weinig moeilijkheden voordoen. De regel *tantum devolutum quantum appellatum* blijft hier gelden, beperkt door de meergemelde uitzonderingen, doch de appellant zal gewoonlijk wel in beroep komen tegen alle beslissingen, waardoor hij zich bezwaard gevoelt.

### § 15. GEWIJZIGDE OMSTANDIGHEDEN

Heeft artikel 134 Rv. een dergelijk vergaande strekking, dat de beslissing van den rechter bij uitsluiting tot grondslag moet hebben den rechtstoestand tusschen partijen, zooals deze tijdens de dagvaarding bestond, of moet bij de uitspraak ook rekening worden gehouden met inmiddels gewijzigde omstandigheden? Het laatste wordt algemeen aangenomen. STAR BUSMANN motiveert dit standpunt aldus <sup>1)</sup>:

„Bepaalt de dagvaarding ingevolge art. 134 Rv. voor den geheelen loop van het geding den inhoud van het gevorderde met de daaraan ten grondslag liggende rechtsfeiten, dit brengt niet mede, dat de rechter bij het nemen zijner beslissing geen acht zou mogen en moeten slaan op hetgeen sedert het uitbrengen der dagvaarding is voorgevallen en waardoor wijziging wordt gebracht in den tusschen partijen op dat tijdstip bestaanden rechtstoestand. Zeer goed mogelijk is, dat de gedaagde na de dagvaarding geheel of ten deele aan de vordering voldoet, of wel, dat de verbintenis, ter zake waarvan hij voor den rechter is geroepen, op andere wijze te niet gaat. Zou dan een veroordeeling tot betaling van het bij dagvaarding gevorderde kunnen volgen, wanneer de eischer zijn vordering niet uitdrukkelijk heeft verminderd?.... Indien in deze en dergelijke gevallen in het vonnis met het later gebeurde geen rekening mocht worden gehouden, zou men een volslagen onpractisch resultaat verkrijgen: onnoodige vermeerdering van kosten en van tijdverlies, de noodzakelijkheid van een nieuw proces zouden daarvan het gevolg zijn.

Dat de rechter er wel op moet letten, volgt uit den aard zijner functie, het vaststellen van wat recht is tusschen partijen. Immers om dit met juistheid te doen, moet hij het gestelde toetsen aan de feiten, gelijk deze zijn gebleken zich in werkelijkheid te hebben toegedragen, ongeacht wanneer zij zijn voorgevallen; van het willekeurig verandering brengen in de gestelde feiten is daarbij geen sprake. Het is derhalve verkeerd, te meenen, dat het vonnis noodwendig en bij uitsluiting tot grondslag zou moeten hebben den rechtstoestand tusschen partijen, zooals deze tijdens de dagvaarding is geweest.”

<sup>1)</sup> STAR BUSMANN no. 201.

Zoo besliste de Hooge Raad <sup>1)</sup> dat de vordering, welke nog niet op-eischbaar was toen de dagvaarding werd uitgebracht, niettemin kan worden toegewezen indien zij vóór de uitspraak opeischbaar is geworden.

In een annotatie <sup>2)</sup> merkt DE JONG op, dat deze opvatting reeds gold in de Middeleeuwen, en zelfs in het Romeinsche Recht, blijkens een uitspraak van ULPIANUS 1.16.D.5.3., die betoogt, dat, als een termijn nog niet is verlopen, of een voorwaarde nog niet is vervuld vóór het proces, niettemin de veroordeeling kan worden uitgesproken, als tijdens de procedure een en ander een feit geworden is.

De leer, dat de *eerste* rechter acht moet slaan op na de dagvaarding gewijzigde omstandigheden, behoeft nog niet noodzakelijk mede te brengen, dat ook de *appelrechter* rekening moet houden met veranderingen in de rechtsverhoudingen van partijen, ingetreden *nadat het vonnis a quo werd uitgesproken*. De opvatting is immers denkbaar, dat de taak van den appelrechter uitsluitend hierin bestaat, dat hij moet beoordeelen of de eerste rechter een juist vonnis heeft gewezen op het oogenblik, dat deze zijn uitspraak gaf. De vraag kan derhalve gesteld worden: moet de appelrechter nagaan of het vonnis a quo juist was op het oogenblik dat dit gewezen werd, of heeft hij te beoordeelen of die uitspraak thans, nu hij zelf zijn beslissing moet geven, nog kan gehandhaafd worden? M.a.w. moet de appelrechter zijn onderzoek beperken tot den rechtsstrijd, welke partijen in eerste instantie verdeeld hield, en bestaat zijn taak uitsluitend hierin dat hij (afgezien van nieuwe, in appel aangevoerde verweren) moet beoordeelen of de eerste rechter dien strijd *toen* op juiste wijze heeft beslecht, of moet hij ook rekening houden met inmiddels gewijzigde omstandigheden?

Ook hier is wederom geen wetsartikel aan te wijzen dat de vraag beantwoordt. De opvatting, welke men over den aard van het appel huldigt, zal den weg moeten wijzen. En nu is het de partijen er niet zoozeer om te doen te weten, of de eerste rechter toentertijd een juist vonnis heeft gewezen <sup>3)</sup>, maar zij wenschen dat er *recht* wordt gedaan tusschen hen. En dit geschiedt niet, indien theoretisch wordt uitgemaakt of het vonnis a quo al dan niet juist was op het oogenblik, waarop dit werd uitgesproken, maar alleen door practisch te beslissen, hoe op het tijdstip, waarop de appelrechter zijn uitspraak geeft, het geschil moet worden opgelost. Zou de appelrechter alleen beoordeelen of de uitspraak van den lagere rechter destijds juist was, zonder dat rekening wordt gehouden met inmiddels ingetreden veranderingen in den tusschen partijen bestaanden rechtstoestand, of gewijzigde omstandigheden, dan zijn beslissingen, welke in flagranten strijd komen met het recht en met de

<sup>1)</sup> H.R. 20 Febr. 1885, W. 5145.

<sup>2)</sup> Onder H.R. 4 November 1921, W. 10804.

<sup>3)</sup> Dit kan wellicht ook van belang zijn, bijvoorbeeld voor de veroordeeling in de proceskosten; zie hieronder blz. 167—168.

werkelijkheid, onvermijdelijk. Het resultaat zou bovendien zijn dat in vele gevallen partijen genoodzaakt werden een nieuwe procedure te entameeren <sup>1)</sup>).

Sedert tientallen van jaren heeft de Hooge Raad in constante jurisprudentie beslist, dat ook de appelrechter rekening moet houden met veranderingen, ingetreden sedert het vonnis a quo werd uitgesproken.

Zoo werd o.a. beslist dat de vordering van den man tegen zijn echtgenoote tot opeisching van een minderjarig kind moest worden afgewezen, omdat het kind hangende de procedure meerderjarig was geworden <sup>2)</sup>; dat het dictum der Rechtbank, dat een predikant gerechtigd is tot beheer van pastoriegoederen, terecht door het Hof werd gewijzigd in: gerechtigd *was* tot beheer, omdat de predikant inmiddels zijn emeritaat had verkregen <sup>3)</sup>).

Verscheidene malen heeft de Hooge Raad uitgemaakt dat, indien de echtgenooten wederkeerig tegen elkaar een vordering tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed hebben ingesteld — hetzij in conventie en reconventie, hetzij in twee afzonderlijke procedures —, waarbij beide vorderingen zijn toegewezen, en slechts één der partijen in appel komt van de beslissing, waarbij de vordering tegen hem werd toegewezen, deze vordering alsnog niet-ontvankelijk moet worden verklaard, indien de echtscheiding, op vordering der wederpartij (den appellant), in eerste instantie is uitgesproken, en inmiddels na de vereischte publicatie is ingeschreven in de registers van den Burgerlijken Stand, c.q. het vonnis, waarbij op vordering der wederpartij (den appellant) de scheiding van tafel en bed werd uitgesproken, in kracht van gewijsde is gegaan <sup>4)</sup>. Immers, echtscheiding of scheiding van tafel en bed kan niet worden uitgesproken indien de partijen reeds *zijn* gescheiden van echt, en de partijen kunnen niet worden gescheiden verklaard van tafel en bed indien dit reeds bij onherroepelijk vonnis is geschied.

Toen door de Rechtbank een zaak was verwezen naar een ander gerecht op grond van vernochtheid, en de tegenpartij van dit verwijzingsvonnis in hooger beroep kwam, moest het Hof de vordering afwijzen,

<sup>1)</sup> Vgl. STAR BUSMANN, hierboven aangehaald, en de overweging uit het arrest van den H.R. van 30 Maart 1931, hieronder aangehaald.

<sup>2)</sup> H.R. 20 Maart 1891. W. 6006. In casu werd de vordering door den Hoogen Raad zelf afgewezen, maar hetzelfde zou natuurlijk ook voor den appelrechter hebben goldend.

<sup>3)</sup> H.R. 4 November 1921, W. 10804 m.o. H. de J.; N.J. 1921 blz. 510. In genoemd onderschrift wordt meerdere jurisprudentie en literatuur aangehaald.

<sup>4)</sup> Arresten H.R. 9 Januari 1936, W. en N.J. 1936 no. 523; 19 Maart 1936, W. en N.J. 1936 no. 450 m.o. P.S.; 4 November 1937, W. en N.J. 1938 no. 3; 21 December 1939, W. en N.J. 1940 no. 216; 30 Mei 1941, W. en N.J. 1942 no. 221. Aldus ook Hof den Bosch 5 April 1938, W. en N.J. 1938 no. 753; 20 December 1938, W. en N.J. 1939 no. 362; 11 November 1941, W. en N.J. 1942 no. 255; Hof Amsterdam 23 Mei 1929, N.J. 1929 blz. 1145, en 27 Februari 1931, W. en N.J. 1937 no. 1158. Vgl. echter Hof Amsterdam 27 Juni 1940, W. en N.J. 1940 no. 868.

omdat tijdens de appelprocedure de andere zaak, met welke de voeging was beoogd, niet meer voor het betreffende gerecht aanhangig was.<sup>1)</sup>

Voorts werd beslist dat, nadat een vordering tot afgifte van goederen door den President in kort geding was afgewezen, en de gedaagde niettemin vóór de appeldagvaarding de goederen aan den eischer had afgegeven, de afwijzing der vordering in appel niet meer met vrucht kon worden aangetast, ook niet al zou de vordering in eerste instantie ten onrechte zijn ontzegd<sup>2)</sup>, en dat het Hof een vordering tot nakoming van een overeenkomst met bepaling van een dwangsom moet ontzeggen, indien blijkt dat die overeenkomst inmiddels is beëindigd.<sup>3)</sup>

Een voorbeeld uit den laatsten tijd van een lager rechtscollege is de beslissing, dat de vordering om eenige chauffeurs vóór 1 October 1938 vacantie te verleen, door het Hof werd afgewezen, omdat deze vordering tijdens de uitspraak van het Hof (in 1939) niet meer voor tenuitvoerlegging vatbaar was.<sup>4)</sup>

Ook ten aanzien van vorderingen, welke bij verzoekschrift worden gedaan, zal hetzelfde principe gelden. Zoo besliste de Hooge Raad dat (bij eigen aangifte tot faillietverklaring na een opheffing van het faillissement gedaan) de wet den appelrechter niet verbiedt zijn overtuiging, dat er voldoende baten aanwezig zijn om de kosten van het faillissement te bestrijden (art. 18 F.), te putten uit feiten en omstandigheden, welke bij de behandeling van de aangifte tot faillissement nog niet bekend waren of eerst nadien zijn opgekomen.<sup>5)</sup> Hierbij werd nog overwogen dat een andere opvatting zou leiden tot het gevolg, dat in een geval, waarin eerst in hooger beroep van het voldoende aanwezig zijn van baten zou blijken, de aangever onmiddellijk na de vernietiging der uitgesproken faillietverklaring, op grond van het reeds aan het Hof bekende feit, zijn faillietverklaring zou kunnen verkrijgen.

Hierboven merkten wij op dat het partijen er niet zoozeer om te doen is te weten of de eerste rechter, die toen nog geen rekening kon houden met de eerst later gewijzigde omstandigheden, destijds een juist vonnis heeft gewezen. Toch kan dit wel van belang zijn, n.l. voor de veroordeeling in de proceskosten. Zeer sterk komt dit tot uiting in het hierboven aangehaalde arrest van 1936. De Rechtbank had de zaak verwezen naar een ander gerecht. Indien dit op juiste gronden is geschied behoorde

<sup>1)</sup> H.R. 16 April 1936, W. en N.J. 1936 no. 469 m.o. P.S.

<sup>2)</sup> H.R. 13 Januari 1939, W. en N.J. 1939 no. 687.

<sup>3)</sup> H.R. 16 Juni 1939, W. en N.J. 1939 no. 1044 m.o. P.S.

<sup>4)</sup> Hof Amsterdam 16 November 1939, W. en N.J. 1940 no. 167. Voor verdere uitspraken van lagere colleges zie men o.a. de annotaties onder H.R. 4 November 1921, W. 10804, en van 30 Maart 1931, N.J. 1931 blz. 1469.

Afwijkend van de heerschende jurisprudentie is de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch 9 Februari 1932, N.J. 1932 blz. 1678.

<sup>5)</sup> H.R. 30 Maart 1931, W. 12283; N.J. 1931 blz. 1469 m.o. E.M.M.

de veroordeeling van de tegenpartij in de kosten van de verwijzingszaak gehandhaafd te blijven. Het feit, dat naderhand de verwijzing geen zin meer had, omdat de verknochte zaak toen niet meer voor het betreffende gerecht aanhangig was, is niet te wijten aan den verzoeker tot verwijzing, doch is in casu integendeel uitsluitend te wijten aan de tegenpartij, die zonder grond in hooger beroep ging, en daardoor de zaak ophield. Het is derhalve niet juist dat de partij, die de verwijzing had gevraagd, zonder meer in de kosten van drie instanties werd veroordeeld. SCHOLTEN neemt in zijn onderschrift onder het arrest dan ook stelling tegen deze uitspraak omtrent de kosten, er op wijzend, dat de Hoge Raad in vroegere arresten (die van 1885, 1891 en 1921 hierboven genoemd) met dit punt wel degelijk rekening had gehouden.

Bij latere uitspraken heeft de Hoge Raad dit inderdaad ook wederom gedaan. In de zaak, waarbij de eischer afgifte der goederen had gevraagd <sup>1)</sup>, had het Hof omtrent de kosten overwogen:

„dat bij voormelde beslissing de vordering is ontzegd, appellanten mitsdien in het ongelijk zijn gesteld, en de kosten van het geding, krachtens artikel 56 Rv., hetwelk, indien gevorderd, de veroordeeling in de kosten onafscheidelijk aan het in het ongelijk gesteld worden verbindt, ten laste van appellant blijven;”

De Hoge Raad casseerde deze beslissing omtrent de kosten aldus:

„dat het middel echter terecht de gronden, waarop het Hof de veroordeeling van de eischers in de kosten van het geding in eersten aanleg heeft bekrachtigd, in strijd acht met art. 56 Rv.;

dat toch de vraag, of ook op dit punt de beslissing van den President behoorde te worden gehandhaafd, ingevolge evenvermeld wetsartikel hiervan afhangt, of de eischers destijds recht hadden op de door den verweerder geweigerde afgifte der goederen;

dat het tegendeel niet hieruit volgt, dat het Hof — onder gewijzigde omstandigheden — de ontzegging in eersten aanleg van de vordering tot die afgifte in hooger beroep in stand heeft moeten houden;

O. dat de verweerder 's Hof's beslissing, voorzoover die door het middel terecht wordt bestreden, noch uitgelokt noch verdedigd heeft, zoodat de beslissing omtrent de kosten in cassatie behoort te worden verbonden aan den einduitslag van het geding;

Vernietigt het bestreden arrest;

Verwijst het geding naar het Gerechtshof te 's-Gravenhage ten einde met inachtneming van dit arrest de zaak verder te behandelen en te beslissen;

Verstaat, dat de kosten van het geding in cassatie ten laste worden gebracht van de partij, die bij eindbeslissing in het ongelijk zal worden gesteld.”

Ook in het tweede arrest van 1939 <sup>2)</sup> gaat de Hoge Raad van het-

<sup>1)</sup> H.R. 13 Januari 1939, W. en N.J. 1939 no. 687.

<sup>2)</sup> H.R. 16 Juni 1939, W. en N.J. 1939 no. 1044 m.o. P.S.

zelfde principe uit. Het Hof had de beslissing van den President onjuist bevonden, en diens vonnis vernietigd, met veroordeeling van den oorspronkelijken gedaagde in de kosten van eersten aanleg en van hooger beroep. De Hooge Raad casseerde weliswaar het arrest op de hoofdzaak, oordeelende dat het Hof met de gewijzigde omstandigheden had moeten rekening houden, maar handhaafde de beslissing omtrent de proceskosten „omdat het thans door den Hoogen Raad besliste punt niet behoort tot de geschilpunten, die partijen aan 's Hofs oordeel hadden onderworpen, zoodat een gelijke beslissing, door het Hof genomen, in bedoelde uitspraak, die van 's Hofs oordeel over deze geschilpunten afhankelijk was, geen verandering zou hebben gebracht.”

De artikelen 254 en volgende Rv. bevatten een speciale bepaling voor enkele gevallen, waarin tijdens de procedure wijziging intreedt in den rechtstoestand van partijen. Wanneer een der partijen overlijdt, wanneer een verandering in den persoonlijken staat intreedt (b.v. een ongehuwde vrouw treedt tijdens het proces in het huwelijk), of wanneer de betrekking, waarin een der partijen procedeerde, ophoudt te bestaan (b.v. voogdij, curateele, ouderlijke macht), kan de procedure worden geschorst, opdat zij verder wordt gevoerd tegen de erfgenamen, tegen den man als de vrouw vertegenwoordigende of bijstaande, tegen den nieuwen voogd, of de inmiddels meerderjarig geworden pupil, enz. In den gedachtengang van den wetgever is het ook hier derhalve normaal, dat rekening wordt gehouden met gewijzigde omstandigheden, maar hierop bestaan twee uitzonderingen: de schorsing heeft niet plaats indien de zaak in staat van wijzen is (art. 255 Rv.), en indien de schorsing niet vanwege de belanghebbenden wordt beteekend aan de partij (art. 256 Rv.). In deze gevallen zal dus uitspraak worden gedaan tusschen twee partijen, hoewel een dezer partijen reeds is overleden, of haar staat of de betrekking, waarin zij procedeerde, heeft verloren. Voor de loopende instantie bevat de wet dus enkele uitzonderingen op den regel, dat de rechter met gewijzigde omstandigheden rekening moet houden. Gewoonlijk zal den rechter, indien partijen hierover zwijgen, daar wel niets van bekend zijn, maar ook indien hij weet dat zich een der genoemde veranderingen in den staat van partijen hebben voorgedaan, moet hij zijn uitspraak geven tusschen de personen, die van den aanvang af als partij zijn opgetreden.

Voor een nieuwe instantie wordt dit echter anders. Indien de genoemde veranderingen zijn ingetreden vóór de appeldagvaarding moet daarmee, op straffe van niet-ontvankelijkheid, worden rekening gehouden. Een overledene kan geen subject van rechten zijn, kan niet als eischer in een geding optreden of als gedaagde worden opgeroepen; iemand die vroeger weliswaar vertegenwoordiger is geweest van een ander, maar dit niet meer is, kan niet in deze hoedanigheid als procespartij optreden. Weliswaar bepaalt de wet in de artikelen 255 en 256

Rv., om practische beweegredenen, dat dit in bepaalde gevallen anders kan zijn, maar deze artikelen hebben kennelijk uitsluitend betrekking op de *lopende instantie*, zooals o.a. blijkt uit de woorden „wanneer hetzelfde in staat van wijzen is” in de artikelen 255 en 256 Rv., en uit de bepaling in artikel 257 Rv. „dat het rechtsgeding wordt hervat op de laatste gedingstukken”. <sup>1)</sup>

Dit alles geldt echter niet voor opvolging onder bijzonderen titel: al zou een van de partijen de litigieuze zaak, of vordering, tijdens de procedure overdragen, dan is niettemin alleen deze partij bevoegd in appel te gaan, en kan alleen deze partij in hooger beroep worden gedagvaard, doch niet de kooper of de cessionaris. <sup>2)</sup>

## § 16. VOORBIJGAAN VAN GRIEVEN

Niet steeds zal het noodig zijn dat de appelrechter alle aangevoerde grieven onderzoekt. Indien de appellant vernietiging van het beroepen vonnis op meerdere gronden vordert kan de appelrechter, indien hij één dier gronden juist acht, de overige buiten bespreking laten, omdat het vonnis toch op dien eenen grond reeds vernietigd moet worden, onverschillig of de overige grieven gegrond zijn of niet. Een nadeel hiervan is echter dat, wanneer de uitspraak in hoogste instantie gecasseerd wordt, de zaak zal moeten worden terugverwezen voor een onderzoek van de buiten beschouwing gelaten grieven.

Het kan echter ook voorkomen, dat *geen* der aangevoerde grieven wordt onderzocht, of de eenige grief buiten onderzoek blijft, en wel, indien de appelrechter van oordeel is dat de aangevochten beslissing moet worden bevestigd, doch op andere gronden. In zoo'n geval is het mogelijk, dat de aangevoerde grieven worden onderzocht en gegrond bevonden, doch de appelrechter kan ook, omdat de grieven toch niet tot het gewenschte resultaat kunnen leiden, deze eenvoudig onbesproken laten.

Een voorbeeld hiervan is het volgende:

Een zekere de Waard had aan de firma van den Berg opdracht gegeven tot aankoop van enkele aandelen. Deze zond aan de Waard een nota,

<sup>1)</sup> Aldus ook o.a. VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 254 aant. 1; OUDEMAN I blz. 289; BESIER in zijn conclusie voor H.R. 7 Juni 1929, N.J. 1929 blz. 1495; H.R. 23 November 1860, W. 2226; 25 Augustus 1931, N.J. 1931 blz. 1431 m.o. E.M.M.; Hof Amsterdam 13 April 1917, W. 10108; N.J. 1917 blz. 1042; id. 7 Maart 1924, N.J. 1924 blz. 1043; Hof 's-Hertogenbosch 13 December 1932, N.J. 1933 blz. 1209; Hof Leeuwarden 22 Februari 1939, W. en N.J. 1940 no. 38.

<sup>2)</sup> Aldus over VAN ROSSEM-CLEVERINGA na art. 332, aant. 2; WIARDA, Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam, ac. pr. Amsterdam 1937, blz. 339—340; HAARDT, Invloed van den overgang van iemands rechten en verplichtingen op zijn hoedanigheid van procespartij, N.J.B. 1943, blz. 37 v.v.; H.R. 20 Maart 1942, W. en N.J. 1942 no. 444.

Anders in het Fransche recht; zie hieronder, Hoofdstuk II § 3.



vermeldende dat de fondsen waren gekocht tegen 95%. De Waard betaalde een gedeelte van de koopsom, terwijl als onderpand voor het restant de fondsen onder de firma zouden blijven berusten.

Nadat de Waard in gebreke was gebleven krachtens de rekening-courant-voorwaarden het onderpand aan te zuiveren tot 20% boven het debet-saldo werden de fondsen door de firma van den Berg naar haar bewering geëxecuteerd, en verkocht à 60%.

Bij inleidende dagvaarding vorderde de firma het haar na de executie nog toekomende saldo. De Waard voerde als verweer, dat de firma de fondsen noch had gekocht, noch had verkocht, en daarom niets van hem te vorderen had, terwijl hij subsidiair aanvoerde dat de overeenkomst, waarop de firma haar vordering grondde, wegens door haar gepleegde wanprestatie moest worden ontbonden; in reconventie vorderde hij primair: terugbetaling van het gestorte, als onverschuldigd betaald, en subsidiair: ontbinding van de overeenkomst op grond van wanprestatie, eveneens met terugbetaling van het gestorte bedrag.

De Rechtbank verwierp de primaire weer in conventie, en verklaarde de primaire vordering in reconventie niet-ontvankelijk, doch sprak de subsidiair gevorderde ontbinding uit, en verklaarde uit dien hoofde de firma niet-ontvankelijk in haar vordering.

De firma van den Berg kwam in hooger beroep, waarop de Waard incidenteel appelleerde, zoowel tegen de verwerping van de primaire weer in conventie, als tegen de niet-ontvankelijkverklaring van de primaire vordering in reconventie.

Het Hof oordeelde, dat was komen vast te staan dat de fondsen noch waren gekocht, noch waren verkocht, wees de primaire vordering in reconventie toe, en besliste dat deze toewijzing meebracht de bevestiging, zij het op andere gronden, van de in conventie uitgesproken niet-ontvankelijkverklaring.

Als cassatiemiddel voerde de firma van den Berg o.a. aan dat het Hof door, zonder de door haar aangevoerde grieven te vermelden, te weerleggen of te onderzoeken, op het principale appel recht te doen, het arrest niet overeenkomstig de eischen der wet had gemotiveerd.

De Hooge Raad overwoog dienaangaande <sup>1)</sup>):

„dat inderdaad het Hof in het bestreden arrest er van gewaagt, dat de firma van den Berg grieven heeft aangevoerd ter ondersteuning van het door haar ingesteld hooger beroep;

dat uiteraard deze grieven zich richten tegen de door de Rechtbank in de reconventie uitgesproken ontbinding van de overeenkomst van partijen, en tegen de uit dien hoofde door de Rechtbank in de conventie uitgesproken niet-ontvankelijk verklaring van de door de firma van den Berg ingestelde vordering;

dat echter het Hof, in verband met de toewijzing van de primaire

---

<sup>1)</sup> H.R. 9 December 1932, N.J. 1933 blz. 300.

vordering van de Waard, het vonnis der Rechtbank, in reconventie gewezen, vernietigde en de door de Rechtbank uitgesproken ontbinding wegens wanprestatie teniet deed;

dat voorts het Hof in conventie niet, zooals de Rechtbank deed, de ontbinding der overeenkomst wegens wanpraestatie bezigde als grond voor het oordeel, dat de firma van den Berg in de door haar ingestelde vordering niet kon worden ontvangen, doch aan dit oordeel een geheel anderen, door de Rechtbank verworpen, grondslag gaf, te weten het niet uitvoeren der opdracht;

dat uit het voorgaande blijkt, dat het voor de gekozen motiveering van 's Hof's arrest geheel onnoodig was de door de firma van den Berg ter ondersteuning van haar hooger beroep aangevoerde grieven te vermelden, te onderzoeken of te weerleggen;''

Ook zonder dat het vonnis a quo wordt bevestigd kan het mogelijk zijn de door een partij aangevoerde grieven onbesproken te laten, bijvoorbeeld als een vordering, welke door de Rechtbank ontvankelijk werd geacht, door het Hof niet-ontvankelijk wordt verklaard. Zoo oordeelde de Hooge Raad <sup>1)</sup> dat het Hof, beslissende dat de eischer op grond van verboden verandering van eisch niet-ontvankelijk moest worden verklaard, niet nader behoefde in te gaan op, en zelfs niet behoefde te vermelden, de bij incidenteel appel aangevoerde grieven, zoodat, nu het Hof, met een beroep op die niet-ontvankelijkverklaring, heeft beslist dat die grieven niet behoeven te worden onderzocht, deze beslissing niet gezegd kan worden motiveering te missen.

De laatste zinsnede zou er op kunnen duiden dat het voor een behoorlijke motiveering wel noodig is uitdrukkelijk te beslissen, dat de aangevoerde grieven niet meer behoeven te worden onderzocht. Dit lijkt echter in tegenspraak met het eerste deel der overwegingen, dat de grieven niet behoeven te worden *vermeld*. Ook in de zoo juist besproken zaak van den Berg—de Waard was in het arrest van het Hof met geen woord gerept over de betreffende grieven. Een uitdrukkelijke motiveering, waarom de grieven niet worden onderzocht, lijkt ons wel wenselijk, maar niet strikt noodzakelijk.

## § 17. AFDOEN OF TERUGWIJZEN?

### *a. Algemeene beginselen.*

In de voorafgaande paragrafen werd de kwestie behandeld, welk gedeelte der uitspraak, waarvan appel, ter beoordeeling van den rechter in hooger beroep staat. Het vraagstuk heeft echter nog een andere zijde. Wat moet de appelrechter doen, wanneer hij de uitspraak, voorzover deze aan zijn oordeel was onderworpen, heeft onderzocht?

<sup>1)</sup> H.R. 22 Februari 1935, N.J. 1935 blz. 769.

In het algemeen kan men vooropstellen dat de taak van den appelrechter is: een onderzoek in te stellen naar de juistheid der uitspraak, welke aan zijn oordeel wordt onderworpen; deze uitspraak te bevestigen, indien hij haar juist acht, en, wanneer hij van oordeel is dat deze, hetzij wat het recht, hetzij wat de feiten betreft, onjuist is, te doen wat de eerste rechter had behooren te doen; alles met dien verstande, dat hij de uitspraak slechts mag onderzoeken en beoordeelen, voorzoover deze aan zijn oordeel werd onderworpen.<sup>1)</sup>

Indien de eerste rechter een toewijzend of een afwijzend eindvonnis heeft gewezen, en dit wordt in hooger beroep aangevallen, dan zal in den regel het geschil met de uitspraak van den appelrechter beslecht worden. Deze kan het vonnis bevestigen, hetzij op dezelfde, hetzij op andere gronden, of het vonnis vernietigen, en er een andere beslissing voor in de plaats stellen.<sup>2)</sup> Van nevensgeschikt belang is het, bij welken rechter het bevestigde vonnis, of de voor het vernietigde vonnis in de plaats gekomen uitspraak, zal worden tenuitvoer gelegd, op welke vraag art. 354 Rv. het antwoord geeft.

Wat moet de appelrechter echter doen wanneer de eerste rechter over de hoofdzaak nog geen beslissing heeft gegeven, doch een tusschenvonnis heeft gewezen, dan wel een eindvonnis, waarbij een onderzoek van de hoofdzaak buiten beschouwing kon blijven, doordat b.v. de eischer in zijn vordering niet-ontvankelijk werd geoordeeld, of de rechter zich onbevoegd verklaarde? Ook hier zal de appelrechter moeten beoordeelen en beslissen of de uitspraak, welke hem ter beoordeeling is voorgelegd, juist is gewezen, en deze moeten bevestigen of vernietigen. Maar veelal zal daarmede het geschil niet zijn beëindigd. Als het interlocutoir of het incidenteel vonnis wordt bevestigd zal de zaak verder moeten worden behandeld en beslist; wordt het vernietigd, ook dan moet nog de hoofdzaak worden berecht. Indien het vonnis, waarbij de rechter niet-ontvankelijk werd verklaard, of de rechter zich incompetent achtte, wordt bevestigd, dan is de zaak afgedaan, maar indien het wordt vernietigd, moet het geschil verder worden beoordeeld.

Een van de beginselen van ons procesrecht is het recht van partijen, dat hun geschil wordt behandeld in twee instanties. Aan dit beginsel zou afbreuk worden gedaan indien de appelrechter in de bovengenoemde gevallen steeds over het geheele geschil in vollen omvang zou oordeelen, ongeacht de vraag, hoever de eerste rechter bij zijn onderzoek was gekomen. Immers, wanneer de eerste rechter een interlocutoir vonnis

<sup>1)</sup> Dat de appelrechter niet *uitsluitend* tot taak heeft een onderzoek in te stellen naar de juistheid van de beslissing a quo, op zich zelf beschouwd, hebben wij betoogd in § 13, sub a, en in § 15.

<sup>2)</sup> Eenvoudigheidshalve spreken wij hier alleen van bevestiging of vernietiging, waarmede natuurlijk alle mogelijkheden volstrekt niet zijn uitgeput. Men denke o.m. nog aan niet-ontvankelijkverklaring van het appel; onbevoegdverklaring van den appelrechter; gedeeltelijke bevestiging en gedeeltelijke vernietiging, en aanvulling van het vonnis a quo.

heeft gewezen zonder de hoofdzaak te onderzoeken, en van dit vonnis wordt geappelleerd, zou, indien de appelrechter een beslissing over de hoofdzaak gaf, deze slechts in één instantie zijn beoordeeld, namelijk door den appelrechter alleen. Nu zal tegenwoordig <sup>1)</sup>, wanneer de rechter een interlocutoir vonnis wijst, hij gewoonlijk ook over de hoofdzaak zijn gedachten wel hebben laten gaan, en zijn voorloopig oordeel geheel of gedeeltelijk in de rechtsoverwegingen hebben neergelegd, maar in elk geval heeft hij de hoofdzaak niet beslecht. Duidelijker nog blijkt een overslaan van een instantie, <sup>2)</sup> indien de appelrechter, nadat de eerste rechter zich onbevoegd heeft verklaard van de zaak kennis te nemen, dit vonnis zou vernietigen, en zelf over de hoofdzaak zou beslissen.

Om genoemd beginsel volkomen tot zijn recht te doen komen zou derhalve de appelrechter, indien hij een vonnis, waarin de lagere rechter de hoofdzaak nog niet heeft beslist, hetzij bevestigt, hetzij vernietigt, de zaak steeds <sup>3)</sup> moeten terugwijzen naar den eersten rechter om verder te worden beslist. Het beginsel wordt daardoor weliswaar gerespecteerd, maar in vele gevallen zal dit zijn ten nadeele van de partijen. Niet alleen wordt de procedure gerekt, en loopen de kosten op, doordat er minstens drie en wellicht vier processen worden gevoerd in plaats van twee, maar bovendien valt (althans in de oogen van den wetgever) te vreezen, dat, bij vernietiging van het vonnis a quo, de eerste rechter vooringenomen zal zijn tegen de partij, die met succes in appel is gegaan.

Teneinde deze bezwaren te voorkomen is in de wet het z.g. *recht van evocatie* neergelegd, het recht n.l. van den appelrechter om de zaak aan zich te trekken en de hoofdzaak te beslissen, hoewel deze eigenlijk tot de rechtsmacht van den lageren rechter behoort.

#### *b. Het recht van evocatie.*

In het oud-Fransche recht kende men twee soorten evocatie: *les évocations de grâce* en *les évocations de justice*. De eerste vormden een privilege voor bepaalde personen of groepen, om den tegenstander af te trekken van den gewonen rechter, en de zaak te doen berechten door een speciale rechtbank. Dit privilege, dat sedert lang als een onrecht werd beschouwd, schafte men in 1790 af.

*L'évocation de droit* of *de justice* is ontleend aan het canonieke recht.

<sup>1)</sup> Vgl. hierboven blz. 72 noot 1.

<sup>2)</sup> Met het overslaan van een instantie bedoelen wij hier natuurlijk niet dat de zaak slechts aan één gerecht ter definitieve beslissing wordt voorgelegd, terwijl een lager gerecht volkomen wordt gepasseerd (zooals b.v. bij de prorogatie van art. 66 R.O., of in het geval van art. 157 Rv.), maar dat de eerste rechter, aan wien de zaak ter beslissing was voorgelegd, een bepaald punt (in casu de hoofdzaak) niet beoordeeld heeft. Wanneer de appelrechter dan een beslissing geeft over de hoofdzaak is deze slechts door één instantie berecht.

<sup>3)</sup> Behalve wanneer een eindvonnis wordt bevestigd, waarbij b.v. de vordering niet-ontvankelijk werd verklaard, of de rechter zich onbevoegd had verklaard.

Deze evocatie had niet plaats uitsluitend ten profijte van één der partijen, zooals *l'évocation de grâce*, doch werd in het belang van beide partijen, of, zoo men wil, in het algemeen belang, toegepast. Zij werd ook niet uitgeoefend door, of op den wensch van, één der partijen, doch door den rechter, krachtens vastgestelde voorschriften en in bepaalde gevallen, teneinde te voorkomen dat een opeenhooping van processen ontstond: eerste instantie — appel — eerste instantie na terugwijzing — wellicht wederom appel.

In de intermediaire wetgeving werd dit recht gehandhaafd, met dien verstande, dat de appelrechter niet tot evocatie bevoegd, maar verplicht was.

Bij de vaststelling van het oorspronkelijk ontwerp van den Code de Procédure Civile was aanvankelijk aan den appelrechter het recht van evocatie niet toegekend, maar na verschillende beraadslagingen is het tenslotte neergelegd in art. 473: „Lorsqu'il y aura appel d'un jugement interlocutoire, si le jugement est infirmé, et que la matière soit disposée à recevoir une décision définitive, les cours royales et autres tribunaux d'appel pourront statuer en même temps sur le fond définitivement, et par un seul et même jugement.

Il en sera de même dans les cas où les cours royales ou autres tribunaux d'appel infirmeraient, soit pour vices de forme, ou pour toute autre cause, des jugements définitifs.”

In de plaats van een verplichting werd het derhalve een bevoegdheid: indien de in het artikel genoemde voorwaarden aanwezig waren werd het aan het beleid van den appelrechter overgelaten of hij van het recht gebruik zou maken of niet.<sup>1)</sup>

Ook het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wijdt in de artikelen 355—358 enkele bepalingen aan dit onderwerp. Hoewel art. 473 C. Pr. niet letterlijk werd overgenomen, en de materie uitvoeriger is behandeld, is de regeling in beide wetgevingen in groote lijnen dezelfde.

In het oorspronkelijk ontwerp was de evocatie na de vernietiging van een interlocutoir vonnis verplichtend gesteld, doch de zinsnede „zal de regter in hooger beroep de zaak tot zich trekken” is in het eerste lid van art. 356 geworden: „kan de regter in hooger beroep de zaak tot zich trekken”.<sup>2)</sup>

Ter motiveering van de opneming in onze wetgeving van het *jus evocandi* legde de Regeering vooral den nadruk op de bekorting der procedure, en de vermindering der kosten<sup>3)</sup>, doch ook een ander, reeds door

<sup>1)</sup> Vgl. voor de geschiedenis van het recht van evocatie, hierboven summier weergegeven, o.a. DALLOZ, R.L. i.v. Degrés de Jurisdiction no. 525 v.v.; CARRÉ-CHAUVEAU, tome quatrième, quest. 1702; GARSONNET-CÉZAR-BRU, VI nos. 104 v.v.; LOCRÉ II blz. 269 v.v.

<sup>2)</sup> Zie voor den oorspronkelijk voorgestelden tekst NOORDZIEK II blz. 148 art. 23, en omtrent opmerkingen hierover door een der afdeelingen NOORDZIEK II blz. 494, en het antwoord van de Regeering hierop t.a.p. blz. 560.

<sup>3)</sup> NOORDZIEK II blz. 560.

ons aangeduid, motief werd naar voren gebracht, n.l. de vrees dat de eerste rechter, zich gekrenkt gevoelend door de vernietiging van zijn vonnis, den appellant ongunstig gezind zou zijn.<sup>1)</sup>

*c. De artt. 355—358 Rv.*

De artikelen 355 en volgende bepalen vrij uitvoerig hoe de appel-rechter in diverse omstandigheden moet handelen. Niettemin geven zij aanleiding tot twistpunten — welke eigenschap zij overigens gemeen hebben met vrijwel elk ander wetsartikel. De beginselen, welke aan de artikelen ten grondslag liggen, gezien in het licht der geschiedenis, zullen op de verschillende vragen, welke kunnen worden gesteld, het antwoord moeten geven.

Het eerste lid van artikel 355 is een toepassing van het beginsel, dat partijen recht hebben op behandeling van hun zaak in twee instanties. Vooropgesteld wordt de verplichting, bij bevestiging van een interlocutoir vonnis, de zaak te verwijzen naar den rechter van eersten aanleg, om op de hoofdzaak te worden beslist.<sup>2)</sup> Deze bepaling loopt parallel met het eerste lid van art. 354 Rv., voorschrijvende dat een vonnis, hetwelk wordt bekrachtigd, moet worden ten uitvoer gelegd bij den rechter, die in eersten aanleg uitspraak heeft gedaan, maar kan geenszins een toepassing daarvan worden genoemd.<sup>3)</sup>

Men houde bij dit onderwerp wel het verschil in het oog dat bestaat tusschen onze huidige procesvoering, en die, welke in zwang was toen het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ontstond. In het begin der vorige eeuw werd terstond bij den aanvang der procedure getuigenbewijs gevraagd bij incidenteele conclusie, hetwelk dan werd gelast bij interlocutoir vonnis, dat verder weinig of niets inhield. Eerst na het

---

<sup>1)</sup> Men leze het betoog van den afgevaardigde LE CLERCQ (in NOORDZIEK I blz. 129) waarvan wij aanhalen „La décision de la question, portée devant le tribunal supérieur sur l'appel d'un jugement interlocutoire, ne termine pas l'affaire. Si l'appellant triomphe, il serait fort dur de le renvoyer au juge de première instance pour décider le fond, le juge voit presque toujours de mauvais oeil la réformation du jugement qu'il a porté, son amour-propre est blessé, il croit lui-même avoir perdu un procès, et il attribue sa défaite à la partie qui a interjeté appel de son jugement interlocutoire. Il serait dur, ai-je dit, de renvoyer cette partie devant des juges indisposés contre elle, et qui ont déjà blessé ses intérêts par le jugement réformé, en conséquence, d'après les principes sur lesquels les récusations sont basées, le juge d'appel retient l'affaire et la décide au fond après les plaidoyers des parties. Les inconvénients, que je viens de signaler, n'existent plus si le jugement interlocutoire est confirmé”, etc.

<sup>2)</sup> De vrees, dat de eerste rechter den appellant wellicht minder gunstig gezind zou zijn, moge wellicht hier ongegrond zijn nu zijn vonnis door den hoogereren rechter juist is bevonden, zoodat hierin geen motief voor een evocatie is gelegen, maar het bezwaar, dat door een terugwijzing de procedure wordt gerek, en de kosten worden verhoogd, blijft onverminderd bestaan

<sup>3)</sup> Vgl. hieronder blz. 184—185

interlocutoir vonnis en de getuigenverhooren werd gedebatteerd en gevonnist over de feitelijke en over de rechtsvragen.<sup>1)</sup>

Een zuiver interlocutoir vonnis zal thans echter, buiten het geval van art. 876 Rv., slechts zelden meer voorkomen.<sup>2)</sup> Reeds in het interlocutoir vonnis worden alle verweren, waaronder middelen van niet-ontvankelijkheid en diverse excepties, onderzocht, zoowel de feitelijke als de rechtsvragen behandeld, en het schriftelijk bewijsmateriaal getoetst, terwijl in het eindvonnis veelal slechts de vraag ter sprake komt of bewezen is wat te bewijzen was opgelegd. Weliswaar behelst het eindvonnis dan de uiteindelijke beslissing, maar de voorbereidende beslissingen en de motiveeringen, waarop de einduitspraak berust, zijn neergelegd in het interlocutoir vonnis. Het zwaartepunt is derhalve verlegd van het eindvonnis naar het „interlocutoir” vonnis, en het karakter van dit laatste is door de praktijk ingrijpend veranderd.

Ook bij bevestiging van een vonnis, bij hetwelk niet anders dan op een tusschengeschil uitspraak is gedaan, wordt verwijzing op den voorgrond gesteld. Hiermede kunnen alleen incidenteele vonnissen zijn bedoeld. Immers de interlocutoire vonnissen zijn afzonderlijk genoemd, en de regeling van vonnissen, waarbij de rechter zich afzonderlijk bevoegd verklaart, is gegeven in art. 357, terwijl van praeparatoire vonnissen geen beroep kan worden ingesteld dan tegelijk met het eindvonnis (art. 336 Rv.).<sup>3)</sup>

Twee uitzonderingen op de bepaling van het eerste lid van artikel 355 bevat het tweede lid; wanneer alle partijen zulks vorderen *moet* de appelrechter, ondanks de bevestiging van het vonnis, de hoofdzaak in het hoogste ressort zelve afdoen, en hij *mag* dit eveneens doen (zonder dat partijen zulks vorderen) indien het geding in dien staat is, dat daarover bij een en hetzelfde eindvonnis kan worden beslist.

De eerste uitzondering is geen toepassing van het recht van *evocatie*, maar van het recht van *prorogatie*. Evocatie heeft men immers uitsluitend, indien een rechter zelfstandig een zaak, welke volgens de algemeene rechtsbeginselen eigenlijk tot de rechtsmacht van een anderen rechter behoort, aan zich trekt. Wordt echter de beslissing van een ge-

---

<sup>1)</sup> Vgl. hierover MEYERS, De invloed der Praktijk op de vorming van het Nederlandsche Procesrecht, in Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, eerste jaargang.

<sup>2)</sup> Zie echter de noot van MEYERS onder het arrest van 17 Maart 1927, N.J. 1927 blz. 1025, die in de jurisprudentie teekenen ziet, dat meer dan vroeger getuigenbewijs wordt opgelegd zonder dat alle overige vragen beantwoord zijn.

<sup>3)</sup> Vgl. FAURE V blz. 133—134. Ook in VAN ROSSEM-CLEVERINGA wordt dit vanzelfsprekend gevonden; de commentaar geeft geen verklaring van het woord tusschenvonnis, maar spreekt eenvoudig van een vonnis, waarbij op een incident wordt beslist.

Een vonnis op een provisioneele vordering, welke hangende de hoofdzaak is ingesteld, moet beschouwd worden als een incidenteel vonnis. Vgl. § 4 hierboven.

schil door de partijen onderling aan een feitelijk niet bevoegden rechter opgedragen, dan noemt men dit prorogatie.<sup>1)</sup>

De tweede uitzondering is een zuivere evocatie. Het kost echter moeite een geval te construeeren, waarin zich dit kan voordoen. Wordt een interlocutoir vonnis bevestigd, waarbij bijvoorbeeld een getuigenverhoor is gelast, dan moet natuurlijk, voordat de zaak ten principale wordt beslist, dit getuigenverhoor plaats vinden. Het is mogelijk dat, voordat de appeldagvaarding werd uitgebracht, de enquetes reeds zijn gehouden. Hebben de partijen de gelegenheid gehad zich hierover uit te laten (hetzij nog in eerste instantie, hetzij in hooger beroep), dan kan de zaak wellicht ten principale worden afgedaan, maar dit zal wel tot de hooge uitzonderingen behooren. Ook wanneer een incidenteel vonnis wordt bevestigd, en de zaak in eerste instantie dus blijkbaar nog niet rijp is geweest voor een eindvonnis, kan men zich niet goed voorstellen dat in appel wèl een einduitspraak kan worden gegeven.

De voornaamste gevallen, waarin evocatie kan plaats vinden, zijn behandeld in art. 356, n.l. bij vernietiging van een interlocutoir of van een incidenteel vonnis. De wet maakt er uitdrukkelijk onderscheid tusschen of een incidenteel vonnis wordt vernietigd, in welk geval evocatie alleen kan plaats hebben wanneer bij een en hetzelfde eindvonnis over de hoofdzaak kan worden beslist, dan wel een interlocutoir vonnis wordt vernietigd, waarbij voor de evocatie een dergelijke voorwaarde niet wordt gesteld. De tegenstelling is te duidelijk dan dat men er geen enkele waarde aan zou mogen hechten, temeer nu in art. 355 de beide soorten vonnissen in één adem worden genoemd.<sup>2)</sup> Hieraan doet niet

<sup>1)</sup> Vgl. ook FAURE V blz. 131; DALLOZ R.L. i.v. Degrés de Juridiction no. 538.

<sup>2)</sup> Dit argument weegt des te zwaarder omdat men er bij de behandeling van het Ontwerp van uitging dat, bij vernietiging van een interlocutoir vonnis, de rechter de zaak aan zich moet houden (in het ontwerp was dit verplichtend gesteld), ook indien niet bij een en hetzelfde eindvonnis uitspraak kon worden gedaan, en zulks terwijl aan het voorgestelde artikel het tegenwoordige tweede lid van artikel 356 nog ontbrak. In een der afdeelingen werd n.l. de volgende opmerking gemaakt: „On ne voit pas de motif déterminant pour obliger le juge d'appel d'évoquer toute l'affaire, même celles qui ne seraient pas en état d'être jugées au fond. La Section préférerait la disposition du Code actuel art. 473, qui n'admet l'évocation que: lorsque la matière est disposée à recevoir une décision définitive, et qui, même dans ce cas, n'en fait pour le juge qu'une simple faculté. Ce serait par trop abrégé les procès, que de priver les parties, sans de puissants motifs, du premier degré de juridiction”.

Het antwoord van de Regeering hierop luidde tout court:

„De bepaling van dit artikel strekt al wederom tot bekorting der procedures, en alzoo tot vermindering der kosten; terwijl partijen, in het geval van dit artikel, zich niet kunnen beklagen, dat hare zaak bij den hoogsten rechter verblijft”.

Vgl. NOORDZIEK II blz. 494 en 560.

Het lag dus kennelijk in den opzet der Regeering dat, bij vernietiging van het interlocutoir vonnis, evocatie steeds zou plaats hebben, ook indien nog niet bij één en hetzelfde eindvonnis kon worden beslist; anders zou in het antwoord zeer zeker van een afwijkende meening zijn gebleken.



af dat niet is na te gaan, welke reden voor dit onderscheid bij den wetgever heeft voorgezeten; immers in het begin van de vorige eeuw werden zoowel een interlocutoir als een incidenteel vonnis gewoonlijk gewezen voordat de hoofdzaak werd onderzocht.<sup>1)</sup>

Op het oogenblik is er voor dit onderscheid o.i. voldoende grond. Een incidenteel vonnis wordt in de meeste gevallen gewezen voordat de rechter zich over de hoofdzaak heeft uitgelaten (vgl. art. 249 Rv.); men denke bijvoorbeeld aan de incidenteele vorderingen tot voeging en tusschenkomst (artt. 285—288); de voeging wegens verknochtheid enz. (artt. 158 en 159); vrijwaring (artt. 68 vv.); het geschil over de echtheid of onechtheid van geschriften (artt. 176 vv.); tot wraking van een rechter (artt. 30 vv.); de cautio iudicatum solvi (art. 152). De vonnissen op al deze vorderingen zullen gewoonlijk wel worden gewezen vóórdat de rechter tot een onderzoek van de hoofdzaak is gekomen.

Daarentegen heeft, in de tegenwoordige wijze van procesvoering, de rechter, die een interlocutoir vonnis wijst, gewoonlijk de hoofdzaak reeds terdege onderzocht, en het resultaat van dit onderzoek op verschillende punten in de rechtsoverwegingen, misschien zelfs in het dictum, van zijn interlocutoir vonnis neergelegd.

Wij zijn dan ook van meening dat de appelrechter, die een interlocutoir vonnis vernietigt, de zaak aan zich kan (*niet* moet) trekken, ook al zou hij niet bij een en hetzelfde eindvonnis over de hoofdzaak beslissen,<sup>2)</sup> bijvoorbeeld doordat hij een anders geformuleerde bewijsopdracht geeft dan de eerste rechter, of, in plaats van het door den eersten rechter opgelegde getuigenbewijs, een deskundigenverhoor beveelt of een aanvullenden eed oplegt, bewijs opdraagt aan de tegenpartij, enz.

De Hooge Raad heeft vroeger eenige malen beslist<sup>3)</sup> dat aan den hoogereren rechter, die een incidenteel of een interlocutoir vonnis te niet doet, alleen dan de bevoegdheid is gegeven de zaak ten principale tot zich te trekken, indien door of na die vernietiging de zaak ten principale in staat van wijzen is, maar niet, wanneer door de executie<sup>4)</sup> van dit interlocutoir de zaak eerst nog in staat van wijzen moet worden gebracht, zulks onder de motiveering, dat partijen anders van een instantie zouden zijn beroofd. Wij meenen echter dat de Hooge Raad thans een ander

<sup>1)</sup> Zie hierboven blz. 71—72 en 177.

<sup>2)</sup> Anders in het Fransche Recht, hetwelk in art. 473 C. Pr. uitdrukkelijk de voorwaarde stelt dat de zaak in staat zij om definitief te worden beslist, en het Hof bij één en hetzelfde vonnis deze uitspraak geeft.

Als in den tekst: FAURE V blz. 133.

Anders: VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 356, aant. 1, en Proc.-Gen. TAK in zijn conclusie voor het arrest van den Hoogen Raad van 12 November 1931, W. 12375; N.J. 1932 blz. 104 (ad eerste middel onder C, hetwelk in N.J. verminkt is weergegeven).

<sup>3)</sup> H.R. 3 Januari 1845, W. 574; 9 Februari 1849, W. 992.

<sup>4)</sup> De Hooge Raad gaat er hier nog van uit dat het houden van een getuigenverhoor is het ten uitvoer leggen van een interlocutoir vonnis. Vgl. over deze kwestie hieronder blz. 184—185.

standpunt zal innemen. Hij besliste immers nog kort geleden <sup>1)</sup> dat, wanneer de rechter in hooger beroep een interlocutoir vonnis te niet doet, het aan zijn beleid is overgelaten of hij de zaak zal terugwijzen, dan wel aan zich zal trekken; dat deze hem gelaten vrijheid insluit, dat het hem evenzeer vrijstaat omtrent vragen, waaromtrent de eerste rechter nog niet heeft beslist, een oordeel te geven, en overigens de zaak naar dien rechter terug te wijzen, en dat het ook den rechter in hooger beroep nergens verboden is om in voormeld geval omtrent een door hem geformuleerd getuigenbewijs het verhoor aan den eersten rechter over te laten. De Hoge Raad beslist hier uitdrukkelijk dat de appelrechter, een interlocutoir vonnis vernietigend, en van oordeel zijnde dat de zaak nog niet rijp is voor een eindvonnis, niet verplicht is haar zonder meer te verwijzen, terwijl de overwegingen er verder van uitgaan dat de appelrechter, wanneer hij een interlocutoir vonnis vernietigt, in zeer groote mate vrijheid van handelen heeft.

De bepaling, dat de appelrechter de zaak aan zich moet houden indien partijen zulks vorderen, is wederom een geval van prorogatie.

Hoewel het recht van evocatie, bij vernietiging van een interlocutoir vonnis, is gegeven als een bevoegdheid, niet als een verplichting, is de wetgever er blijkbaar van uit gegaan dat de rechter van deze bevoegdheid een ruim gebruik zal maken: hij heeft althans in casu aan partijen niet uitdrukkelijk het recht gegeven te vorderen, dat de appelrechter de zaak zelf afdoet. Niettemin zijn wij van meening dat partijen, nu hun dit recht in de gevallen van de artt. 355 en 356, tweede lid, toekomt, a fortiori deze bevoegdheid hebben bij de vernietiging van een interlocutoir vonnis.

Het behoeft geen betoog, dat, indien wordt geappelleerd van het interlocutoir of het incidenteel vonnis tegelijk met het eindvonnis, er geen sprake is van terugwijzing, evocatie of prorogatie.

De taak van den appelrechter, wanneer hij een vonnis bekrachtigt waarbij de eerste rechter zich bevoegd had verklaard, of wanneer hij een vonnis vernietigt waarbij de eerste rechter zich onbevoegd had verklaard, is omschreven in de artt. 357 en 358.

Vóór de wijziging van 1896 moest de exceptie van onbevoegdheid uit hoofde van den persoon des verweerders door dezen worden voorgesteld alvorens eenige andere weren van rechten of eenige andere verdediging voor te dragen (art. 155 Rv. *oud*). (De onbevoegdheid uit hoofde van het onderwerp des geschils kan in elken stand van het geding worden voorgedragen; de rechter is zelfs gehouden zich ter zake ambtshalve onbevoegd te verklaren; art. 156 Rv.). Toen door de *lex-HARTOGH* werd voorgeschreven, dat de exceptie van onbevoegdheid tegelijk met de

---

<sup>1)</sup> H.R. 2 Januari 1942, W. en N.J. 1942 no. 294.

verdediging ten principale moet worden voorgesteld, had de bepaling van art. 357 *oud*, voorschrijvende dat bij bekrachtiging van een vonnis, waarbij de eerste rechter zich bevoegd heeft verklaard, de zaak naar dezen moet worden teruggewezen, weinig doel meer. Immers, indien de rechter thans deze exceptie verwerpt, en zich bevoegd verklaart, doet hij dit niet meer bij een afzonderlijk vonnis, maar tegelijk met het eindvonnis. Alleen in het geval van art. 68, tweede lid Rv. kan de exceptie van onbevoegdheid vóór alle andere weren worden voorgesteld, om welke reden art. 357 thans de bepaling tot dat geval beperkt.<sup>1)</sup>

Meermalen is het voorgekomen dat de eerste rechter zich onbevoegd verklaarde, welke onbevoegdverklaring in werkelijkheid niets anders was dan een niet-ontvankelijkverklaring. In zoo'n geval zal het wezen, niet de vorm beslissend zijn, en moet de appelrechter, het vonnis a quo vernietigend, de zaak volgens de bovengenoemde beginselen aan zich houden, en mag hij haar niet, artikel 358 toepassend, terugwijzen.<sup>2)</sup> In art. 358 is met onbevoegdverklaring alleen bedoeld een uitspraak in een geschil over de bevoegdheid van den rechter, niet een uitspraak van een geheel andere strekking, welke ten onrechte een onbevoegdverklaring is genoemd.<sup>3)</sup>

*d. De artt. 355—358 Rv. met betrekking tot de devolutieve werking van het appel.*

In welke verhouding staan de voorschriften van de artt. 355 v.v. tot ons onderwerp: de devolutieve werking van het appel?

Wij hebben in paragraaf 1 uiteengezet dat de devolutieve werking van het appel het geschil van partijen slechts in zooverre aan het oordeel van den appelrechter onderwerpt, als de partijen dit aan hem ter beoordeeling voorleggen. De partijen kunnen echter slechts in appel komen van de beslissing of de beslissingen, welke de eerste rechter heeft gegeven. Derhalve strekt de devolutieve werking zich niet ipso facto uit over het geheele geschil, maar slechts over het geschil voorzoover de eerste rechter dit in zijn vonnis of zijn vonnissen heeft betrokken.<sup>4)</sup> Indien de eerste rechter dus nog geen beslissing heeft gegeven over de hoofdzaak, doch alleen een tusschenvonnis heeft gewezen, b.v. een interlocutoir of een incidenteel vonnis, dan mag de appelrechter uit krachte van het devolutief karakter niet het geheele geschil beoordeelen

<sup>1)</sup> Over de bezwaren, waartoe het tegenwoordige artikel aanleiding geeft, zie men FAURE V blz. 136—137 en VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 357, aant. 1.

<sup>2)</sup> Aldus ook H.R. 26 April 1918, N.J. 1918 blz. 587; 17 Mei 1918, N.J. 1918 blz. 634; 21 Mei 1926, N.J. 1926 blz. 822; Hof Amsterdam, 30 November 1920, N.J. 1921 blz. 822.

Anders nog H.R. 28 Januari 1926, N.J. 1926 blz. 259 m.o. E.M.M.

<sup>3)</sup> Verwezen wordt naar de uitvoerige motiveering door den Hoogen Raad in het arrest van 21 Mei 1926, genoemd in de vorige noot.

<sup>4)</sup> Vgl. § 13, sub a.

en berechten — onverschillig of hij het vonnis a quo bevestigt of vernietigt —, doch dan moet hij zich beperken tot een beoordeeling van dit tusschenvonnis, waarvan beroep. Heeft hij dit beoordeeld en daarover zijn beslissing gegeven, dan is de devolutieve kracht uitgewerkt. Krachtens het beginsel, dat de partijen recht hebben op een behandeling van hun geschil in twee instanties, zou — indien hierover geen speciale bepalingen bestonden — de zaak ter verdere berechting moeten worden terugverwezen naar den eersten rechter.

Op grond van de hierboven genoemde motieven wijkt de wet in de artikelen 355 v.v. in bepaalde gevallen echter af van den regel, dat de zaak moet worden teruggewezen. Nu stelt men deze afwijking wel aldus voor, dat daardoor de devolutieve werking van het hooger beroep in een zeer ruimen zin wordt toegepast, en dat deze wordt uitgebreid,<sup>1)</sup> doch dit lijkt ons principieel niet juist. De appellant gevoelt zich door de beslissing van den eersten rechter verongelijkt, en komt slechts van deze beslissing in hooger beroep. Indien door den appelrechter deze beslissing is onderzocht en beoordeeld is daarmede de devolutieve kracht uitgewerkt. Wanneer de appelrechter niettemin bevoegd of verplicht is zijn werkzaamheden verder uit te strekken, en de zaak ten principale te beslissen, is dit weliswaar een *gevolg* van het ingestelde hooger beroep, maar het geschiedt niet uit krachte van dit appel zelf, doch krachtens een speciale wetsbepaling.

Zeër zeker wordt hiermede de taak van den appelrechter verder uitgebreid dan deze zou zijn volgens de normale devolutieve werking van het appel, maar het lijkt ons onjuist te zeggen dat de devolutieve kracht zelf wordt uitgebreid.

Dit alles is een kwestie van begripsbepaling. Feitelijk komt de zaak inderdaad hierop neer, dat de rechten van evocatie en van prorogatie, neergelegd in de artt. 355 v.v., hoewel theoretisch daarop geen uitzondering vormend, in werkelijkheid toch afbreuk doen aan den regel *tantum devolutum quantum appellatum*, door de taak van den appelrechter verder uit te breiden dan deze volgens genoemden regel zou zijn. Reeds om deze reden alleen lijkt het ons voor de hand liggend, dat de bepalingen van de artikelen 355 v.v. in dit geschrift worden betrokken.

Nog om een andere reden was dit niet alleen verantwoord, maar zelfs noodig. De wet geeft in de genoemde artikelen vrij uitvoerige bepalingen, uitvoeriger dan art. 473 C. Pr., waaraan zij zijn ontleend. Een wetboek is echter geen leerboek, en de wetgever heeft het blijkbaar niet noodig gevonden, meer voorschriften te geven dan noodzakelijk was om de evocatie en de prorogatie te regelen. Het gevolg hiervan is geweest, dat zich in de praktijk moeilijkheden hebben voorgedaan, waarbij men als evocatie beschouwde wat in wezen geen evocatie is, moeilijkheden welke met het leerstuk der devolutieve werking moeten worden opgelost.

---

<sup>1)</sup> FAURE V blz. 131 en 132.

*e. Taak van den appelrechter indien hij, een eindvonnis vernietigend, een instructie noodig oordeelt.*

Een dezer moeilijkheden levert de vraag op, wat de taak van den appelrechter is, indien hij, een eindvonnis van den eersten rechter vernietigend, van oordeel is dat de hoofdzaak nog niet terstond beslist kan worden, en eerst nog b.v. een getuigenbewijs noodig is, moet hij de zaak dan terugwijzen, moet hij haar zelf afdoen, of mag hij naar eigen inzicht handelen?

Door meerdere Hoven en Rechtbanken werd, na de vernietiging van een beroepen eindvonnis, waarbij de vordering was toegewezen, afgewezen, of niet-ontvankelijk verklaard, een getuigenverhoor gelast, en de zaak daarop naar den eersten rechter teruggewezen, teneinde verder te worden behandeld en beslist. Volkomen ten onrechte evenwel. Aan den hoogerem rechter wordt het vonnis a quo — een eindvonnis —, en daarmee de hoofdzaak, ter beoordeeling voorgelegd. Indien deze van oordeel is dat de hoofdzaak nog niet rijp is voor een eindbeslissing, en eerst nog een getuigenbewijs, een deskundigenverhoor, een aanvullende eed, een descende of eenige andere instructie noodig is, dan staat het hem volkomen vrij deze te gelasten, doch er is geen enkele reden om de zaak daartoe te verwijzen naar den eersten rechter.

In paragraaf 1 van dit hoofdstuk hebben wij gewezen op het rechtsbeginsel, dat, wanneer de rechter een eindvonnis heeft gewezen, de zaak volkomen aan zijn rechtsmacht is onttrokken, en op het gevolg van de devolutieve werking van het appel dat, indien onbeperkt is geappelleerd, de appelrechter de zaak in vollen omvang moet beoordeelen en beslissen. Van terugwijzen na vernietiging van een eindvonnis kan geen sprake zijn. <sup>1)</sup> De appelrechter oefent in casu niet een recht van evocatie uit, immers hij trekt niet aan zich wat eigenlijk tot de rechtsmacht van een anderen rechter behoort, maar tengevolge van de devolutieve werking van het appel is de zaak geheel aan zijn oordeel onderworpen, en moet hij deze ook geheel berechten. <sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> Zie ook H R 26 Januari 1917, W 10132, N.J. 1917 blz 225.

<sup>2)</sup> De ontwerpers van ons Wetboek zijn er kennelijk van uitgegaan, dat na vernietiging van een eindvonnis, van terugwijzing nimmer sprake kan zijn. Wij halen wederom een gedeelte aan van de redevoering van LE CLERCQ (in NOORD-ZIEK I blz 130)

„Lorsque le tribunal d'appel infirme un jugement définitif pour vices de forme, soit pour toute autre cause, il peut d'après le Code Français renvoyer l'affaire aux premiers juges, il peut dans ce cas statuer comme dans celui où il infirme un jugement interlocutoire, pourquoi ce renvoi? Ce vice de forme pour lequel on a infirmé le jugement, peut n'avoir aucune influence sur le fond de l'affaire, les premiers juges dans ce cas ne peuvent que révéler le jugement qu'ils ont rendu, ensuite en reportera l'affaire au tribunal supérieur par un nouvel acte d'appel; que de frais, que de temps perdu! Le projet du Code se tait sur ce cas, et il était inutile d'en parler, les premiers juges, qui ont porté un jugement définitif quoiqu'infirme pour vice de formes, ou pour toute autre cause, ont épuisé leurs pouvoirs sur l'affaire, ils n'en ont retenu aucun, le

Slechts één uitzondering bestaat hierop, welke in de wet zelf is neergelegd: indien de eerste rechter zich onbevoegd heeft verklaard — en dus een eindvonnis heeft gewezen, inhoudende deze onbevoegdverklaring — zal de hogere rechter, dit vonnis vernietigend, de zaak ten principale naar denzelfden rechter verwijzen (tenzij partijen gebruik maken van hun recht van prorogatie, of er bijzondere gronden aanwezig zijn de zaak naar een anderen rechter te verwijzen) (art. 358 Rv.). Deze uitzonderingsbepaling is kennelijk in de wet neergelegd om tegemoet te komen aan het beginsel van twee instanties: immers de eerste rechter kon, tengevolge van zijn onbevoegdverklaring, het hoofdgeschil zelf niet onderzoeken. Zou thans de appelrechter in hoogste ressort over de zaak ten gronde oordeelen, dan zouden partijen van een instantie zijn beroofd.

Indien de eerste rechter eenig ander eindvonnis heeft gewezen zal in den regel daarin een beslissing over de hoofdzaak zijn neergelegd. Aldus in ieder geval bij een ontzegging of een toewijzing, en gewoonlijk ook bij een niet-ontvankelijkverklaring. Het kan echter voorkomen dat de eerste rechter, den eischer niet-ontvankelijk verklarend, daardoor een onderzoek van de hoofdzaak achterwege kon laten, bv. indien de eischer een vordering heeft ingesteld in een kwaliteit, welke hij niet bezit, of in welke hoedanigheid hij de vordering niet mocht instellen, enz. Wanneer dan de appelrechter het vonnis a quo vernietigt, en de zaak ten gronde beslist, wordt inderdaad afbreuk gedaan aan het beginsel van twee instanties (waarbij kan worden opgemerkt dat dit niet alleen geschiedt indien de appelrechter eerst nog een getuigenbewijs gelast, maar ook indien hij terstond een einduitspraak geeft). Toch zal ook dan niet anders beslist mogen worden. De zaak is aan den eersten rechter onttrokken, en onderworpen aan de rechtsmacht van den hoogereren rechter. Een algemeene uitzonderingsbepaling is in de wet niet te vinden, en de bepaling van art. 358 Rv. zal, nu het een uitzonderingsregel geldt, niet analogisch mogen worden toegepast.

Een terugwijzing naar den eersten rechter is meermalen verdedigd aan de hand van art. 354 Rv. Het gevolg geven aan een vonnis, waarbij een getuigenverhoor is gelast, zou zijn *het tenuitvoer leggen* van dat vonnis.<sup>1)</sup> Indien de appelrechter een eindvonnis vernietigt, en een getuigenverhoor gelast, zou hij derhalve gerechtigd zijn krachtens art. 354, tweede lid Rv. de zaak te verwijzen naar den rechter a quo, opdat deze uitspraak door dien rechter ten uitvoer wordt gelegd.

Terecht heeft de Hooge Raad deze opvatting verworpen.<sup>2)</sup> Al zou tribunal d'appel est saisi par l'appel du pouvoir de décider le fond, et il l'exerce sans qu'il soit besoin d'en faire une disposition expresse".

(Over de beteekenis van een *jugement définitif* in art. 473 zal in het volgende hoofdstuk worden gehandeld).

<sup>1)</sup> Vgl. ook DE PINTO § 265.

<sup>2)</sup> H.R. 11 November 1937, W. en N.J. 1938 no. 2. Is de Hooge Raad hierdoor teruggekomen van de opvatting, neergelegd in het arrest van 20 Juni 1924, W. 11258? Vgl. hierover ook G. W. B(ANNIER) onder Berichten en Mededeelingen, W. 12751.

men door een gewrongen redeneering het houden van een getuigenverhoor de tenuitvoerlegging van een interlocutoir vonnis kunnen noemen, na dat getuigenverhoor moet een definitieve uitspraak volgen, en het wijzen van een eindvonnis kan toch bezwaarlijk als het ten uitvoer leggen van een interlocutoir vonnis worden bestempeld.<sup>1)</sup>

Het niet doorgaan van een getuigenverhoor, nadat appel is ingesteld, is dan ook niet een gevolg van de schorsende, maar van de devolutieve werking van het appel.

De Hooge Raad heeft de hier verdedigde opvatting in verschillende arresten tot de zijne gemaakt, zoodat men kan spreken van een constante jurisprudentie.

In de zaak, waarin de Hooge Raad in 1928 een arrest wees,<sup>2)</sup> had de eischer van gedaagde een bedrag van f 841,— gevorderd, ter zake van het lek stooten van een schip, met inbegrip van een gedeelte der lichtingskosten. Bij interlocutoir vonnis gelastte de Rechtbank een getuigenverhoor, en overwoog ten aanzien van de in rekening gebrachte lichtingskosten een deskundig oordeel te zullen inwinnen omtrent de rechtmatigheid daarvan, maar daarmede te zullen wachten tot na de getuigenverhooren, daar de mogelijkheid niet was uitgesloten dat partijen het eens zouden worden over het geringe verschil. Na de getuigenverhooren werd de ingestelde vordering echter zonder meer toegewezen.

Het Hof te 's-Gravenhage vernietigde dit vonnis, en verwees de zaak naar den eersten rechter, na te hebben verwogen:

„dat, nu de Rechtbank zonder eenig voorbehoud in het vonnis dd. 18 December 1925 had verklaard, dat zij een deskundig oordeel omtrent de rechtmatigheid der berekende lichtingskosten zou inwinnen en de door de Rechtbank veronderstelde mogelijkheid, dat partijen omtrent dat schadebedrag tot overeenstemming zouden komen, geen werkelijkheid was geworden, de gedaagde (thans appellante) zich er volkomen op mocht verlaten, dat dit deskundig oordeel zoude worden ingewonnen, zoodat de gedaagde (thans appellante) de bewering van den eischer (thans geïntimeerde) na het getuigenverhoor, dat de berekende lichtingskosten niet meer voor betwisting vatbaar zouden zijn, zonder meer kon voorbijgaan, te eer, nu het bedrag dier lichtingskosten niet in de probanda van het vonnis d.d. 18 December 1925 was opgenomen en hetgeen omtrent die kosten bij de getuigenverhooren was verklaard van geen gewicht mocht worden geacht;

<sup>1)</sup> In zijn artikel „Dogmatische Rechtstoepassing”, in *Rechtskundige Opstellen*, aangeboden door oud-leerlingen aan Prof. E. M. MEYERS (1935), erkent CLAVAREAU dat naar dogmatische interpretatie geen andere opvatting mogelijk is dan de in den tekst verdedigde. Hij acht het echter een bezwaar dat in sommige gevallen aan partijen een instantie wordt ontnomen. Nu de wet een verwijzing nergens verbiedt acht hij het wenschelijk dat in daartoe geëigende gevallen verwijzing wordt toegepast.

Het argument, gegrond op art. 354 Rv., wijst ook CLAVAREAU van de hand.

<sup>2)</sup> H.R. 22 November 1928, W. 11925; N.J. 1929 blz. 147 m.o. P.S.

dat de thans besproken grief dus tot vernietiging van het vonnis d.d. 21 Januari 1927 moet leiden, doch in de hierboven omschreven omstandigheden der beslissing der Rechtbank omtrent de lichtingskosten, het Hof aanleiding vindt de zaak naar de Rechtbank terug te wijzen, opdat deze ten aanzien dier lichtingskosten zelve nader kunne beslissen;"

De Hooge Raad casseerde dit arrest op grond van de overwegingen:

dat blijkens het arrest verweerster in hooger beroep is opgekomen tegen de beslissing der Rechtbank in haar eindvonnis van 21 Januari 1927, waarbij het bedrag der schade „met inbegrip van het aandeel in de lichtingskosten, is vastgesteld op f 841, en de verweerster tot betaling daarvan is veroordeeld;

dat derhalve aan het oordeel en aan de beslissing van het Hof was onderworpen het tusschen partijen bestaande geschil betreffende de grootte van het schadebedrag, in het bijzonder betreffende dat deel daarvan, hetwelk betrekking had op de lichtingskosten, zoodat het Hof, van meening zijnde dat het bedrag der lichtingskosten door de Rechtbank op een onjuisten grond als bewezen was aangenomen, daarover zelf, in welken zin dan ook, een beslissing had te geven;

dat het Hof echter niets anders heeft gedaan dan het vonnis der Rechtbank omtrent dit punt te vernietigen en de zaak naar de Rechtbank terug te wijzen, „opdat deze ten aanzien der lichtingskosten zelve nader kunne beslissen”;

dat het Hof daardoor niet heeft voldaan aan art. 69 R.O., zoodat deze wetsbepaling is geschonden en het arrest niet in stand kan blijven;

Het was dit arrest, waaraan voorafging de conclusie van den toenmaligen advocaat-generaal BESIER over de beteekenis van de rechtspraak *tantum devolutum quantum appellatum*, waarvan in paragraaf 1 een gedeelte werd aangehaald. Wij laten hier thans het gedeelte volgen, waarbij 's Hofs arrest werd bestreden:

„De aangehaalde rechtsspraak heeft intusschen nog een andere beteekenis dan de negatieve, dat de rechter in hooger beroep niet verder mag gaan dan het appel, en dus ook niet verder dan het vonnis in eersten aanleg strekt. Zij heeft mede de positieve beteekenis, dat de appelrechter het beroep ook geheel moet uitputten, en zich niet beperken mag tot een gedeeltelijke beslissing omtrent het aan zijn oordeel onderworpen met overlating van de verdere beslissing daaromtrent aan den rechter, tegen wiens vonnis het beroep juist was gericht. Ook dit ligt in den aard van het hooger beroep; daarbij toch verlangt de beroepende partij een beslissing van den hooger en rechter over het geheele geschil, dat hij aan diens oordeel onderwerpt, d.i. bij onbeperkt beroep over de geheele zaak, voorzover die reeds in eersten aanleg is afgedaan. Wanneer dus art.



69 R.O. zegt, dat de Hoven oordeelen in hooger beroep van de daaraan onderworpen vonnissen, beteekent dit niet, dat het Hof zijn taak heeft volbracht, wanneer het maar een arrest heeft gewezen, zij het ook een waarin het de taak voor een deel weer van zich afschuift. De taak, welke art. 69 oplegt, is eerst dan volbracht, wanneer het geheele in het beroep begrepen geschil opnieuw is beslist.

Bij pleidooi namens verweerster is hiertegenover een ander hoofdbeginsel van ons procesrecht aangeroerd, dat van de rechtspraak in twee instanties. Indien de rechter in hooger beroep nog bewijsvoering noodig oordeelt, zou hij door deze te zijnen overstaan te doen geschieden, aan partijen één aanleg ontnemen. Dit moge juist zijn, wanneer partijen nog niet een volledige eerste aanleg gehad hebben; daarom bepaalt artikel 355 dan ook, dat bij bekrachtiging van een interlocutoir vonnis de zaak naar den rechter in eerste aanleg zal worden verwezen. Doch in dit geding hebben partijen een volledige eerste aanleg gehad: de Rechtbank heeft haar eindvonnis gewezen. Geene der partijen kan zich dus beklagen, dat het Hof haar één aanleg heeft ontnomen. Dat het Hof het onderzoek in eerste aanleg onvoldoende heeft geoordeeld doet hieraan natuurlijk niets af."

Nog drie maal, nl. in 1937, 1938 en 1939, heeft ons hoogste rechtscollege deze leer bevestigd. <sup>1)</sup> In het arrest van 1937 verwierp de Hooge Raad tevens uitdrukkelijk een beroep op art. 354 Rv., omdat het houden van een getuigenverhoor niet is het ten uitvoer leggen van een vonnis in den zin der wet.

Hierbij kwam ook de scheiding tusschen een conventionele en een reconventionele vordering scherp tot uiting. In conventie en in reconventie hadden de partijen scheiding van tafel en bed gevorderd. De Rechtbank ontzegde de conventionele vordering, en gelastte in reconventie een getuigenverhoor. Het Hof bevestigde het interlocutoir vonnis in reconventie (zoodat krachtens art. 355 Rv. de reconventie moest worden verwezen naar de Rechtbank). Het vonnis in conventie werd echter vernietigd, en in conventie een getuigenverhoor gelast, waarna de zaak *zoowel in conventie als in reconventie* werd terugverwezen naar de Rechtbank. De Hooge Raad casseerde het arrest, gewezen in conventie, overwegende:

O. dat toch door het ingestelde hooger beroep de vordering van partij R. tot scheiding van tafel en bed, die door de Rechtbank was ontzegd, in haar vollen omvang aan het oordeel van het Hof onderworpen werd, en het Hof zich dus niet ten deele aan die taak mocht onttrekken door zich te bepalen tot de beslissing, dat R. tot het leveren van bewijs door getuigen moest worden toegelaten, en de

<sup>1)</sup> H.R. 11 November 1937, W. en N.J. 1938 no. 2, m.o. P.S.; 24 November 1938, W. en N.J. 1939 no. 397 m.o. P.S.; 10 November 1939, W. en N.J. 1940 no. 949 m.o. P.S. Men zou hier kunnen spreken van de vier Novemberarresten.

verdere behandeling en beslissing der zaak aan de Rechtbank op te dragen;

dat ter bestrijding van het middel beroep is gedaan op art. 354 Rv., met het betoog dat het Hof aan dit artikel de bevoegdheid ontleende om de zaak terug te wijzen naar de Rechtbank, omdat daarin ligt een aanwijzing overeenkomstig het tweede lid door het Hof van de Rechtbank, als den rechter, bij wien 's Hofs arrest moet worden ten uitvoer gelegd;

dat dit betoog echter faalt, omdat, daargelaten of het artikel toelaat om den rechter, die het vernietigde vonnis gewezen heeft, aan te wijzen, onder uitvoering in den zin van deze bepaling slechts zijn te verstaan maatregelen van executie van veroordeelingen, doch niet het houden van een bevolen getuigenverhoor, laat staan het verder beslissen van de zaak na afloop van dat verhoor;<sup>1)</sup>

De betreffende overwegingen in de arresten van 1938 en 1939 waren nagenoeg gelijkkluidend — mutatis mutandis — aan de eerste der hierboven aangehaalde overwegingen uit het arrest van 1937.

In de procedure, welke haar einde vond in het arrest van 1938, had de Rechtbank een vordering tot ontkenning van de wettigheid van een kind niet-ontvankelijk verklaard omdat zij te laat was ingesteld. De Rechtbank had de zaak ten principale dus niet onderzocht, en de hoofdzak werd dus slechts in één instantie (n.l. door het Hof) berecht, doch niettemin werd ook hier verwijzing onjuist geacht. Ook de Hooge Raad stelt zich dus op het standpunt dat door de devolutieve werking van het appel inbreuk kan gemaakt worden op het beginsel van twee instanties, hetgeen, zij het in beperkte mate, ook in andere gevallen kan geschieden, zooals hieronder nog zal blijken.

Het is merkwaardig, dat de Gerechtshoven zich met deze leer niet schijnen te kunnen vereenigen. Niet minder dan vier Hoven hebben in een achttal arresten (voorzoover ons uit de publicaties bekend) in afwijkenden zin beslist.<sup>2)</sup> Nog merkwaardiger komt het ons voor dat het in al deze arresten op één na niet noodig werd geacht een opvatting, afwijkende van een hecht gefundeerde leer van den Hoogen Raad, met

<sup>1)</sup> Over het onbevredigend resultaat, dat nu het eene getuigenverhoor voor de Rechtbank, het andere voor het Hof wordt gehouden, zie Adv.-Gen. VAN LIER in zijn conclusie, en SCHOLTEN in zijn onderschrift onder het arrest.

<sup>2)</sup> Behalve de vier uitspraken, welke door de vier genoemde arresten werden gecasseerd, kunnen nog genoemd worden: Hof 's-Hertogenbosch 20 Juni 1933; Hof Arnhem 25 October 1933; Hof Amsterdam 14 December 1933, alle opgenomen in W. 12751; Hof Arnhem 16 Mei 1934, N.J. 1935 blz. 82.

In anderen zin echter Hof 's-Hertogenbosch 15 Januari 1935, N.J. 1935 blz. 1159, en Hof 's-Gravenhage 1 December 1933, W. 12710, waarbij weliswaar het houden der enquête werd opgedragen aan de Rechtbank, doch dit geschiedde uitdrukkelijk bij wijze van rogatoire commissie, met bepaling dat na het getuigenverhoor de zaak door de meest gereede partij ter terechtzitting van het Hof zou worden aangebracht.

Vgl. hierover ook G. W. B(ANNIER) in W. 12751.

een enkel woord te motiveeren. Voorzover is na te gaan verdedigde alleen het Hof te Amsterdam eenmaal <sup>1)</sup> de verwijzing met een beroep op art. 354, tweede lid Rv. In alle overige gevallen werd terugwijzing naar den rechter a quo blijkbaar vanzelfsprekend geacht.

*f. Een van meerdere weren is niet onderzocht*

In § 13 kwam de vraag ter sprake of, wanneer de eerste rechter één van meerdere weren onbesproken heeft gelaten (b.v. omdat de vordering op grond van een andere weer werd afgewezen) de appelrechter, zonder incidenteel appel, van deze weer mocht kennis nemen, en op grond van deze, in eerste instantie terzijde gelaten, weer de vordering mocht afwijzen.

Het is echter ook voorgekomen dat in zoodanig geval een opwerping van andere strekking werd gemaakt: de appelrechter, het vonnis a quo onjuist achtend, mag niet zelf onderzoeken of de vordering wellicht op grond van die, in eerste instantie onbesproken gelaten, weer moet worden afgewezen, maar hij moet de zaak daartoe terugwijzen naar den eersten rechter.

Inderdaad doet deze opvatting recht wedervaren aan het beginsel van twee instanties, doch zij is in strijd met de devolutieve werking van het appel: de eerste rechter heeft een eindvonnis gewezen, en de zaak is dus aan zijn rechtsmacht onttrokken; zij wordt onderworpen aan het oordeel van den appelrechter door het appel. Deze moet dus de zaak beslissen.

De Hooge Raad heeft deze opvatting twee maal tot de zijne gemaakt. Het eerste geval is het volgende: <sup>2)</sup>

De gedaagde had zich tegen de ingestelde vordering verdedigd, in de eerste plaats door haar niet-ontvankelijkheid op te werpen, en in de tweede plaats door zich op verjaring te beroepen. De Rechtbank verklaarde den eischer niet-ontvankelijk, en liet zich over de verjaring niet uit. Het Hof vernietigde dit vonnis, verklaarde de vordering ontvankelijk, verwierp ook het beroep op verjaring, en wees de vordering toe.

Het cassatiemiddel ging er van uit dat het Hof de zaak had moeten terugwijzen, omdat de Rechtbank over de verjaring nog geen uitspraak had gedaan.

De Hooge Raad verwierp het beroep in cassatie, overwegende:

„O. dat, wel verre dat deze beslissing zou zijn in strijd met de aangehaalde artikelen 53 en 69 R.O., zij juist daardoor volkomen wordt gewettigd, als zijnde daardoor aan de Hoven opgedragen het oordeel in hooger beroep van de daaraan onderworpen vonnissen, door de Arrondissements-Regtbanken binnen hun rechtsgebied in

---

<sup>1)</sup> Hof Amsterdam 14 December 1933, W. 12751.

<sup>2)</sup> H.R. 25 Juni 1869, W. 3131.

burgerlijke zaken gewezen, en daardoor, immers in den regel en voorzoo veel dit mogelijk is, de onmiddellijke eindbeslissing van geheel het geding opgedragen aan het Hof, oordeelende in hooger beroep;

O. dat dit evenzeer het geval is met het ingeroepen artikel 356, eerste zinsnede Rv., vermits daarbij, zelfs bij tenietdoening van een interlocutoir vonnis, aan den regter in hooger beroep is gegeven de bevoegdheid de zaak tot zich te trekken en in het hoogste ressort ten principale te vonnissen; naardien juist deze exceptioneele bepaling, voor het dáár bedoelde geval van nog niet behandeling door den eersten regter de zaak ten principale, in de wet werd vereischt, maar daarentegen zoodanige bepaling geheel onnoodig was voor het geval als het onderwerpelijke, wanneer ook de eerste regter de zaak ten principale zelf heeft behandeld en beslist; en dat bij geen der aangehaalde artikelen, noch bij eenig ander, is voorgeschreven dat de regter, bij hooger beroep van een eindvonnis, de zaak zoude moeten terugwijzen naar den eersten regter, alleen omdat deze het overbodig heeft geacht zijn oordeel uit te spreken over een der voorgestelde rechtsmiddelen, hetwelk op zijn beslissing van geen invloed was; zooals in het onderwerpelijke geval alleen daarom het middel van verjaring door de Regtbank niet was onderzocht;''

In een arrest van 1934 handhaafde de Hooge Raad deze opvatting, al was de motiveering toen zeer sober.<sup>1)</sup>

## § 18. BEWIJSINCIDENTEN

### *a. Bewijsvoering in appel van dezelfde feiten, waarover in eerste instantie een bewijsvoering heeft plaats gevonden.*

Art. 353 Rv. schrijft voor, dat de bepalingen van den derden titel van Boek I, o.a. betrekkelijk het getuigenverhoor, de gerechtelijke plaats-opneming en bezichtiging, de berichten van deskundigen, in hooger beroep toepasselijk zijn. Zelfs zonder een verwijzing naar de procesvoorschriften van eersten aanleg zou wel niet betwijfeld worden dat ook in de appelprocedure de verschillende bewijsmiddelen kunnen worden aangewend. De appelrechter immers oordeelt, evenals de eerste rechter, niet alleen over het recht, maar ook over de feiten, en de vervulling van deze taak zou veelal onmogelijk zijn indien de feiten, waar noodig, niet bewezen konden worden.

Twijfel heeft er echter wel bestaan, in de jurisprudentie en in de literatuur, over de vraag, of in hooger beroep opnieuw een bewijsvoering kan plaats vinden van dezelfde feiten, welke reeds in eersten aanleg een voorwerp van bewijsvoering hebben uitgemaakt. Met name betreft

<sup>1)</sup> H.R. 15 Februari 1934, W. 12816; N.J. 1934 blz. 983. De inhoud van het arrest en de betreffende overweging is weergegeven in § 13, onder b. no. XXI.

dit de vraag, of in hooger beroep bewijs door *getuigen* is toegelaten van dezelfde feiten, waarover in eersten aanleg reeds een getuigenverhoor heeft plaats gehad. Ten aanzien van de andere bewijsmiddelen gold deze twijfel niet. Geschriften kan men in hooger beroep in het geding brengen ten bewijze van feiten, onverschillig of men in eerste instantie, ten bewijze van die feiten, reeds andere bewijsmiddelen heeft aangewend, of andere geschriften heeft geproduceerd. Door een gerechtelijke plaatsopneming of bezichtiging moet de rechter een persoonlijken indruk krijgen van het te bezichtigen voorwerp, of van de plaatselijke situatie. Het zal den appelrechter niet steeds voldoende zijn indien de eerste rechter reeds een descende heeft gehouden, en van zijn bevindingen een procesverbaal heeft opgemaakt. Veelal zal een eigen aanschouwing noodzakelijk blijken. Heeft voor den eersten rechter een verhoor van deskundigen plaats gehad, dan kan deze zelfde rechter, indien hij in het bericht of verslag de vereischte inlichting niet bevindt, andere deskundigen benoemen (art. 235 Rv.). A fortiori zal het den appelrechter, die de zaak opnieuw onderzoekt, zijn toegestaan een nieuw deskundigenverhoor te bevelen, al zou reeds in eerste instantie een dergelijk verhoor hebben plaats gevonden.

Omtrent het getuigenverhoor werd, en wordt ook thans nog, veelal een andere opvatting gehuldigd.

In 1852 werd in een artikel in „Opmerkingen en Mededeelingen” <sup>1)</sup> een arrest van het Provinciaal Gerechtshof van Limburg bestreden, waarbij een hernieuwd getuigenverhoor over dezelfde feiten, als waarover reeds in eersten aanleg getuigen waren gehoord, was geweigerd. Het arrest werd in hetzelfde jaar verdedigd door DES AMORIE VAN DER HOEVEN in het Regtsgeleerd Bijblad. <sup>2)</sup> De argumenten vóór en tegen worden in den breede besproken door VAN BONEVAL FAURE, die zich in een uitvoerig betoog tevens een voorstander van een hernieuwde toelating toont. <sup>3)</sup>

Tegenover de eenigszins vage Romeinschrechtelijke voorschriften, waaruit kan worden opgemaakt dat een hernieuwd getuigenverhoor werd toegelaten <sup>4)</sup> staat een uitdrukkelijk verbod in het Canonieke Recht. <sup>5)</sup> Een beroep op de rechtsspreuk *in appellationibus non probata probari, non deducta deduci possunt* tracht men te ontzenuwen met behulp van het adagium *les appellations se jugent dans l'état*, waarmede men uitdrukt dat men, door in hooger beroep te komen, geen bevoegd-

<sup>1)</sup> Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsche Regt, verzameld door Mrs. OUDEMAN en G. DIEPHUIS, jaargang 1852 blz. 152 v.v.

<sup>2)</sup> Regtsgeleerd Bijblad, behorende tot de Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving, verzameld en uitgegeven door Mrs. DEN TEX en VAN HALL, 2de deel, jaargang 1852 blz. 474.

<sup>3)</sup> FAURE V blz. 196 v.v.

<sup>4)</sup> Opmerkingen en mededeelingen, l.c. blz. 154 en 155.

<sup>5)</sup> Regtsgeleerd Bijblad, l.c. blz. 477.

heden of rechten kan herkrijgen, welke men door zijn handelingen in eerste instantie onherroepelijk verwerkt of verloren heeft.<sup>1)</sup>

Wij zijn van meening dat de aard van het hooger beroep hier beslissend moet zijn, en het vraagstuk moet worden opgelost aan de hand van de devolutieve werking van het appel. Het hooger beroep is ingesteld om de partijen de gelegenheid te geven de zaak geheel opnieuw te doen behandelen. De appelrechter moet de zaak onderzoeken voorzover deze aan zijn oordeel wordt onderworpen. De partijen, die in appel komen, wenschen niet alleen dat de appelrechter beoordeelt of de eerste rechter al dan niet juist heeft beslist op grond van hetgeen in eerste instantie is komen vast te staan, maar zij wenschen een juiste uitspraak van hun geschil.<sup>2)</sup> Dit doel zou in vele gevallen niet bereikt kunnen worden indien den partijen werd toegevoegd: „Het is mogelijk dat gij thans, in hooger beroep, de feitelijke gronden van Uw vordering of van Uw verweer kunt bewijzen, maar gij hebt daartoe in eerste instantie de gelegenheid gehad, en kunt derhalve in hooger beroep niet opnieuw tot een getuigenverhoor worden toegelaten.” Een dergelijke opvatting lijkt ons lijnrecht in strijd met den aard van het hooger beroep; dit heeft — binnen de door partijen gestelde grenzen — een nieuwe behandeling en beslissing van den rechtsstrijd van partijen ten doel. Het is ingesteld, en om de uitspraak van den lageren rechter aan het oordeel van den hoogereren te onderwerpen, en om eventueele, in eerste instantie door partijen begane verzuimen en misslagen, te herstellen (voorzover zij het recht daartoe niet hebben verwerkt).<sup>3)</sup> Beide doeleinden kunnen door de bestreden opvatting geschonden worden.

Door de partijen wordt in hooger beroep inderdaad een proces-verbaal overgelegd van hetgeen de getuigen in eerste instantie hebben verklaard, maar dit proces-verbaal kan onvolledig of onduidelijk zijn. Het is mogelijk dat de verklaringen van de getuigen niet op de juiste wijze zijn weergegeven: een andere zinswending, het gebruik van een ander woord, kan een dergelijke verklaring een totaal andere beteekenis doen krijgen, waarvan het eindvonnis afhankelijk kan zijn. Het persoonlijk hooren van een getuige kan een geheel anderen kijk geven op het karakter en de betrouwbaarheid van een getuige, dan het zakelijk relaas van zijn verklaringen geeft.

Op grond hiervan kan een hernieuwd verhoor van dezelfde getuigen, die reeds in eerste instantie waren gehoord, niet alleen nuttig, maar ook noodzakelijk zijn, en het ontnemen van de bevoegdheid hiertoe aan den appelrechter kan hem in vele gevallen bezwaarlijk of onmogelijk maken, de uitspraak van den eersten rechter op de juiste wijze te beoordeelen.

<sup>1)</sup> Vgl. Opmerkingen en Mededeelingen, l.c. blz. 155; Regtsgeleerd Bijblad, l.c. blz. 475; FAURE V blz. 198;

<sup>2)</sup> Vgl. § 13, sub a, en hetgeen wij hierboven in § 15 t.a.v. veranderde omstandigheden hebben opgemerkt.

<sup>3)</sup> Vgl. hierboven blz. 93.

Het komt ook meermalen voor dat de partij, aan welke bewijs is opgedragen, de keuze heeft uit een aantal getuigen, doch zich tot oproeping van enkelen beperkt, omdat zij meent daaraan voldoende te hebben. Verklaren deze getuigen nu niet zooals die partij gewenscht en verwacht had, dan zal haar in dezelfde instantie gewoonlijk de gelegenheid ontbreken de anderen alsnog op te roepen. <sup>1)</sup> Het hooger beroep dient hier toe de gelegenheid te openen.

Bovendien is het mogelijk dat aan een partij, nadat de getuigenverhooren in eerste instantie zijn afgesloten, ter kennis komt, dat nog andere personen verklaringen over het probandum kunnen afleggen, verklaringen, welke misschien van doorslaggevende beteekenis zijn. Van een verzuim in den eigenlijken zin kan men dan zelfs niet spreken.

Het zou in strijd zijn met de taak van den appelrechter de betreffende partij in deze en dergelijke gevallen, waarin zij wellicht de juistheid van haar standpunt kan aantonen, weg te zenden met een verloren proces. En uit het feit, dat de *taak* van den appelrechter anders ligt, volgt tevens dat hij niet alleen *bevoegd* is een nieuw getuigenverhoor over dezelfde feiten te gelasten, maar, onder toepassing van art. 103 Rv., daartoe ook *verplicht* is indien een nieuw getuigenverhoor wordt aangeboden.

Aan het slot van zijn genoemd artikel spreekt DES AMORIE VAN DER HOEVEN den wensch uit, dat ook bij ons de wetgever deze materie, hetzij in den eenen, hetzij in den anderen zin, zal regelen, en bijna 50 jaar later, in 1899, sluit VAN BONEVAL FAURE zich bij dezen wensch aan. <sup>2)</sup> Gelijk het meer met dergelijke wenschen gaat heeft ook deze zijn beteekenis verloren, doordat de jurisprudentie de kwestie heeft opgelost. Sedertdien heeft de Hoge Raad — na vroeger eenige malen anders te hebben beslist <sup>3)</sup> — in meer dan tien arresten uitdrukkelijk bepaald, dat in appel een nieuw getuigenverhoor kan plaats hebben over dezelfde feiten, waarover in eersten aanleg reeds een getuigenverhoor werd ge-

<sup>1)</sup> Verschillende procureurs zijn in de praktijk gewoon een willekeurig persoon als getuige te dagvaarden, die niets van de zaak afweet, en met wien wordt afgesproken dat hij ter enquête niet zal verschijnen. Blijken de verklaringen der gehoorde getuigen niet voldoende te zijn, dan kan een nadere termijn voor voortzetting der enquête worden gevraagd krachtens art. 108a Rv. In plaats van dezen „houten” niet verschenen getuige worden een of meer der andere, in reserve gehouden, getuigen opgeroepen. Tegen deze methode kan men bedenkingen opperen, doch zij leidt in de praktijk veelal tot het gewenschte gevolg.

<sup>2)</sup> FAURE V blz. 205.

Wel meent FAURE dat, tengevolge van de in 1896 algemeen voorgeschreven verplichting om het getuigenverhoor op de terechtzitting te houden, hieruit een argument te meer is te putten voor de opvatting, dat een hernieuwd getuigenverhoor is toegestaan. Dit argument is komen te vervallen door het, in 1905 ingevoegde, art. 200A Rv., doch de verwachting, dat de jurisprudentie overstag zou gaan, is niettemin in vervulling gegaan.

<sup>3)</sup> H.R. 15 October 1863, W. 2531; 11 Maart 1881, W. 4623; 15 October 1886, W. 5342.

houden, zoodat men voorwaar van een constante jurisprudentie van den Hoogen Raad kan spreken.<sup>1)</sup>

In al deze arresten wordt uitgegaan van een *verplichting* van den appelrechter om, indien dit is aangeboden, een nieuw getuigenverhoor te gelasten, behalve in het arrest van 1903, waarin van een bevoegdheid wordt gesproken.<sup>2)</sup>

De motiveering is in al deze arresten niet dezelfde. Eenige malen werd een beroep gedaan op de in de Memorie van Toelichting op art. 348 Rv. voorkomende verklaring „dat het aanvoeren van nieuwe bewijzen niet is uitgesloten”. Terecht verwerpt DE KAT<sup>3)</sup> de juistheid van dit argument, omdat met deze woorden veeleer gedacht is aan in eersten aanleg niet aangeboden bewijs, of misschien aan bewijs van nieuwe feiten, terwijl in elk geval de Regeering niet kan hebben bedoeld met deze vage verklaring een antwoord te geven op de bewuste vraag. In latere arresten komt dit beroep ook niet meer voor, en wordt meestal gewezen op den aard van het appel, hetwelk een nieuwe behandeling van het geding beoogt, en op de verwijzing in art. 353 Rv. naar de artt. 103 en 199 Rv.

Al kan derhalve op grond van deze gevestigde opvatting van den Hoogen Raad worden aangenomen, dat de appelrechter een aangeboden getuigenbewijs niet mag weigeren op grond, dat over dezelfde feiten reeds een getuigenverhoor in eerste instantie heeft plaats gevonden, dan behoeft hieruit nog niet te volgen, dat een dergelijk aanbod niet op andere gronden mag worden geweigerd. Een ieder, die geregeld met de praktijk van de appelprocedure in aanraking komt, weet, welke strenge eischen onze Hoven over het algemeen stellen met betrekking tot het getuigenbewijs in hooger beroep. Met name wordt veelal als voorwaarde gesteld, dat de namen der te hooren getuigen reeds bij het bewijsaanbod worden opgegeven, en dat behoorlijk wordt gemotiveerd, waarom een nieuw getuigenverhoor wordt gewenscht.

Nu kunnen deze vereischten weliswaar dikwijls in het belang zijn van een goede procesorde, doordat het noodeloos rekken van het geding ten gevolge van het klakkeloos aanbieden van getuigenbewijs wordt voorkomen, maar het als regel, in alle omstandigheden, stellen van deze

---

<sup>1)</sup> Men zie de arresten van den Hoogen Raad van 17 April 1903, W. 7914; 24 December 1909, W. 8954; 13 April 1911, W. 9181; 27 September 1918, W. 10344 m.o. O.B.W. d. K.; N.J. 1918 blz. 1066; 20 Juni 1919, W. 10451; N.J. 1919 blz. 813; 24 Juni 1921, W. 10786 m.o. S.B.; N.J. 1921 blz. 956; 23 Maart 1923, W. 11085; N.J. 1923 blz. 730; 31 December 1925, W. 11453 m.o. S.B.; N.J. 1926 blz. 225; 16 December 1926, W. 11612; N.J. 1927 blz. 263 m.o. E.M.M.; 13 Juni 1930, W. 12153; N.J. 1930 blz. 1170.

<sup>2)</sup> Bij arrest van 10 Februari 1911, W. 9142 besliste de Hooge Raad dat een toelating alleen *verplicht* is indien het verzoek is gedaan bij conclusie; indien het geschiedt bij pleidooi, dan is de rechter weliswaar *bevoegd* ambtshalve getuigenverhoor op te leggen, maar niet verplicht.

<sup>3)</sup> Onderschrift onder H.R. 27 September 1918, W. 10344.



vereischten lijkt ons onjuist, en, wanneer eenmaal een verhoor is bevolen, moet de weigering, om andere getuigen te hooren dan in de conclusie waren genoemd, beslist in strijd met de wet worden geacht.

De Hooge Raad neemt hier veelal een zeer ruim standpunt in. Zoo besliste ons hoogste rechtscollege, dat het aanbod van getuigenbewijs moet worden toegestaan, indien dit aanbod aan de wettelijke vereischten voldoet, en onder die vereischten niet voorkomt, dat de namen der te hooren getuigen den rechter vooraf worden opgegeven, of aan dezen de zekerheid wordt verstrekt, dat door het verhoor van die personen het verlangde bewijs zal worden geleverd; <sup>1)</sup> dat de partij, die tegenbewijs wenscht te leveren, niet behoeft te motiveeren, waarom of waarover zij alsnog tot die bewijslevering wenscht over te gaan, en het Hof niet bevoegd is, uit hoofde van het niet aanvoeren van redenen, of van het niet afdoende zijn der aangevoerde redenen, de aangeboden bewijsvoering te beletten; <sup>2)</sup> dat, op grond dat de te bewijzen aangeboden feiten in strijd zijn met van den eischer afkomstige geschriften, het getuigenbewijs niet geweigerd mag worden; <sup>3)</sup> dat een arrest, waarbij een aangeboden bewijs stilzwijgend is gepasseerd, niet naar den eisch der wet met redenen is omkleed. <sup>4)</sup>

Voorts besliste de Hooge Raad, dat het bij het aanbieden van tegenbewijs onnoodig is op te geven waarover het bewijs zal gaan, doch, indien men dit toch doet, de appelrechter ook moet onderzoeken of het verhoor ter zake dienende is. <sup>5)</sup>

Anderzijds besliste de Hooge Raad, dat eischers vordering niet gerechtvaardigd werd door hetgeen door de getuigen in eersten aanleg was verklaard, en, nu de appellant niet had gesteld dat deze getuigen in appel iets méér of anders konden verklaren, het getuigenbewijs terecht was geweigerd. <sup>6)</sup> Men merke hierbij op dat het verhoor van dezelfde getuigen, die in eersten aanleg reeds verklaringen hadden afgelegd, was gevraagd. In dit geval is het niet meer dan billijk, dat de partij opgeeft op welke gronden zij deze zelfde getuigen opnieuw wenscht te doen hooren.

Dat de Hoven de opvatting van den Hoogen Raad niet steeds deelen, en strenger zijn in hun eischen, moge blijken uit enkele uitspraken van de laatste jaren:

Een nieuw verhoor van twee, reeds in eerste instantie gehoorde, getuigen, op grond dat appellant had hooren zeggen dat deze getuigen omgekocht waren, werd geweigerd; <sup>7)</sup> een verzoek tot het doen hooren

<sup>1)</sup> H.R. 24 Juni 1921, W. 10786 m.o. S.B.; N.J. 1921 blz. 956.

<sup>2)</sup> H.R. 20 Juni 1919, W. 10451; N.J. 1919 blz. 813; implicite ook H.R. 20 Juni 1919, N.J. 1919 blz. 814.

<sup>3)</sup> H.R. 21 Mei 1942, W. en N.J. 1942 no. 541.

<sup>4)</sup> H.R. 20 Juni 1941, W. en N.J. 1942 no. 151 m.o. P.S.

<sup>5)</sup> H.R. 24 Februari 1921, N.J. 1921 blz. 464; vgl. ook H.R. 21 Maart 1929, N.J. 1929 blz. 920.

<sup>6)</sup> H.R. 19 Januari 1928, N.J. 1928 blz. 418.

<sup>7)</sup> Hof Amsterdam 28 December 1938, W. en N.J. 1939 no. 685.

van nieuwe getuigen werd, als zijnde te vaag, afgewezen; <sup>1)</sup> een verzoek om reeds in eersten aanleg gehoorde getuigen opnieuw te doen hooren werd geweigerd; <sup>2)</sup> een beperkt getuigenverhoor werd toegelaten, nl. enkel van de door appellant opgegeven getuigen, en uitsluitend ten aanzien van het overspel, door geïntimeerde gepleegd met anderen dan reeds in eerste instantie gehoorde getuigen. <sup>3)</sup>

Het lijkt ons niet noodig hier een lange reeks van soortgelijke beslissingen te geven. Wij sluiten ons geheel aan bij het advies, dat CLEVERINGA ten aanzien van dit onderwerp geeft: „Dergelijke uitspraken „dienen den raadsman van hem, die in hooger beroep getuigenbewijs „aanbiedt, een prikkel te zijn veel zorg te besteden aan de formuleering „van zijn aanbod, en aan de, mogelijk wenschelijke, toelichting”. <sup>4)</sup>

Uit de genoemde opvatting van den Hoogen Raad moet o.i. worden geconcludeerd, dat, ook wanneer een partij in eerste instantie afstand heeft gedaan van getuigenverhoor, zij niettemin in hooger beroep gerechtigd is alsnog een getuigenverhoor te vorderen. Het appel heeft immers een nieuwe behandeling van het geschil tengevolge, en dient o.a. om in eersten aanleg begane misslagen en verzuimen te herstellen. Het kan dikwijls voorkomen dat men afstand doet van enquête omdat men zijn getuigen zwak vindt, en men misschien inmiddels de beschikking heeft verkregen over schriftelijke bewijsstukken, welke men afdoende acht; wordt men hierin teleurgesteld, dan moet het rechtsmiddel van hooger beroep openstaan om alsnog een verhoor aan te bieden van getuigen, welke eerst later zijn bekend geworden. Ook gebeurt het dat men, hoewel over goede getuigen beschikkende, afstand doet van contra-enquête, omdat men de verklaringen der in enquête gehoorde getuigen onvoldoende acht voor het opgelegde bewijs, en het derhalve niet noodig vindt de procedure te rekken door een, toch overbodig geacht, tegengetuigenverhoor.

Het genoemde arrest van 1903 had betrekking op een zaak, waarin in eerste instantie uitdrukkelijk afstand was gedaan van contra-enquête. Een andermaal besliste de Hooge Raad echter, dat de beslissing, waarbij een bewijsaanbod was gepasseerd omdat in eerste instantie daarvan was afgezien, als zijnde feitelijk, in cassatie onaantastbaar was. <sup>5)</sup> De lagere gerechten oordeelen gewoonlijk dat, als men in eerste instantie van een getuigenverhoor heeft afgezien, men niet gerechtigd is in appel alsnog getuigenbewijs aan te bieden. <sup>6)</sup>

<sup>1)</sup> Hof 's-Gravenhage 24 December 1937, W. en N.J. 1938 no. 825; id. 28 Januari 1938, W. en N.J. 1938 no. 833.

<sup>2)</sup> Hof 's-Gravenhage 7 Juni 1938, W. en N.J. 1938 no. 688.

<sup>3)</sup> Hof 's-Gravenhage 3 October 1938, W. en N.J. 1939 no. 244.

<sup>4)</sup> VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 348, aant. 6, noot 1 slot.

<sup>5)</sup> H.R. 20 Januari 1920, N.J. 1920 blz. 234.

<sup>6)</sup> Aldus o.a. Rb. Rotterdam 11 Maart 1925, N.J. 1925 blz. 1237; Rb. Amsterdam 5 November 1926, N.J. 1927 blz. 303; Rb. 's-Gravenhage 15 Januari 1935, N.J. 1935 blz. 555 (waarbij uitdrukkelijk werd overwogen dat hieraan

*b. Is herhaling van in eersten aanleg gepasseerd bewijs noodig?*

Moet een bewijsaanbod, dat in eerste instantie is gepasseerd, in hooger beroep herhaald worden, opdat de appelrechter verplicht zij het bewijs op te leggen?

De Hooge Raad heeft deze vraag eenige malen categorisch bevestigend beantwoord.<sup>1)</sup> In het eerste arrest overwoog de Hooge Raad:

„dat, indien in hooger beroep geen getuigenbewijs is aangeboden, een verplichting tot het geven eener beslissing omtrent het toelaten daarvan in die instantie uit de aangehaalde wetsartikelen geenszins voortvloeit, ook dan niet, wanneer in eersten aanleg zoodanig bewijsaanbod wel is gedaan;

dat derhalve, ofschoon bij het middel terecht wordt gesteld, dat zoodanig aanbod in eersten aanleg plaats vond, het middel niet tot cassatie kan leiden;”

Hierin valt op de overweging „dat de verplichting tot het geven eener beslissing omtrent het aangeboden bewijs *uit de aangehaalde wetsartikelen geenszins voortvloeit*”. Inderdaad waren in cassatie wel de artikelen 199 en 353 Rv. aangehaald, doch niet artikel 69 R.O., hetgeen ons noodzakelijk voorkomt. Aan deze zinsnede mag echter niet teveel gewicht worden gehecht, omdat in het arrest, dat eenige maanden later werd gegeven, evenals in de arresten van 1930 en 1935, eenvoudig werd beslist dat een bewijsaanbod, in eerste instantie gedaan, alleen dan den appelrechter tot bewijsoplegging zou kunnen dwingen, indien het in hooger beroep ware herhaald.

Deze leer lijkt ons in zijn algemeenheid onjuist.

De kwestie zal niet kunnen worden opgelost alleen aan de hand van artikel 353, jo. 199 Rv. In art. 353 Rv. worden de bepalingen van den derden titel o.a. betreffende het getuigenverhoor ook voor het hooger beroep toepasselijk verklaard. Art. 199 Rv. bepaalt dat de rechter op verzoek van een der partijen een getuigenverhoor *zal* gelasten. Nu zou men kunnen stellen dat dit artikel toepasselijk is, onverschillig of het aanbod in eersten aanleg of in hooger beroep is gedaan, doch wanneer men de genoemde artikelen *op zich zelf* beschouwt is men eerder geneigd aan te nemen dat het aanbod, wil het dwingend effect sorteerden, in de loopende instantie moet worden gedaan.

De aard van het hooger beroep brengt ons inziens echter mede dat de

---

niet afdoet dat men in appel getuigen kan voortbrengen die men in eersten aanleg niet kon doen hooren); Hof 's-Gravenhage 16 November 1939, W. en N.J. 1940, no. 243.

Bij arrest van het Hof Amsterdam 21 Juni 1918, N.J. 1918 blz. 936 werd zelfs het leveren van tegenbewijs geweigerd omdat de contra-enquête in eerste instantie niet was doorgestaan wegens het niet nakomen van art. 106 Rv.

<sup>1)</sup> H.R. 26 Juni 1925, N.J. 1925 blz. 961 m.o. T.; 29 October 1925 W. 11450; N.J. 1925 blz. 1274; 7 Februari 1930, W. 12111; N.J. 1930 blz. 1068; 31 Mei 1935, W. en N.J. 1936 no. 26.

appelrechter in vele gevallen verplicht is het in eerste instantie gedaan bewijsaanbod op te leggen, ook zonder uitdrukkelijke herhaling, aangenomen natuurlijk dat de te bewijzen aangeboden feiten ter zake dienende zijn.

Wij bedoelen hiermede niet dat het op den weg ligt van den appelrechter, die zijn taak behoorlijk wil vervullen, dat hij *ambtshalve* bewijs oplegt indien hij ziet dat het geschil van partijen zou kunnen worden opgelost door een in eerste instantie aangeboden bewijslevering. Het ambtshalve opdragen van een bewijs is een bevoegdheid, doch het gaat hier niet over de kwestie of de appelrechter op de juiste wijze van een *bevoegdheid* moet gebruik maken, maar of hij in een bepaald geval *verplicht* is een bewijsopdracht te geven.

Naar onze meening moet het stelsel, in paragraaf 13 onder *c* opgebouwd, hier op analoge wijze worden toegepast. In de eerste plaats zal dan wederom moeten worden onderscheiden of het de appellant, dan wel de geïntimeerde is, die het bewijs in eerste instantie heeft aangeboden.

Indien het de *appellant* was, wiens bewijsaanbod werd gepasseerd, zal men als algemeene regel moeten vooropstellen, dat de appelrechter zonder een herhaling van het bewijsaanbod niet verplicht is een bewijs op te dragen. Het is de appellant, die van de beslissing *a quo* in hooger beroep komt, en het ligt op zijn weg aan te geven, op welke punten hij zich door deze beslissing gegriefd voelt. Hij wordt geacht te berusten in de punten, welke hij niet naar voren brengt.

Intusschen zal dikwijls in zijn grieven liggen opgesloten dat hij in hooger beroep wenscht te worden toegelaten tot het bewijs, hetwelk in eerste instantie werd gepasseerd, hoewel hij dit bewijs niet uitdrukkelijk herhaalt, wanneer bijvoorbeeld de eerste rechter oordeelde dat de gestelde feiten het gevorderde niet rechtvaardigen, zoodat het niet ter zake deed of die feiten al dan niet als juist bewezen zouden worden, of dat in casu getuigenbewijs niet toelaatbaar was. Komt de eischer tegen deze beslissing in appel, dan kan dit alleen effect sorteeren indien, worden zijn grieven juist bevonden, hij daarna ook tot het bewijs wordt toegelaten. Het bewijsaanbod ligt hier derhalve in het appel opgesloten, en de appelrechter zal, indien hij, in tegenstelling tot den eersten rechter, van oordeel is dat de gestelde feiten het gevorderde wél rechtvaardigen, of dat getuigenbewijs wél toelaatbaar is, den appellant ook tot het in eerste instantie aangeboden bewijs moeten toelaten. Zou het anders zijn, dan zou het appel geen doel hebben, en de appelrechter zich van zijn taak kunnen kwijten door den appellant eenvoudig niet-ontvankelijk te verklaren, op grond van de overweging „dat de aangevoerde grieven niet onderzocht behoeven te worden omdat, zelfs al zijn zij juist, zij toch niet tot het gewenschte resultaat kunnen leiden, daar de appellant niet opnieuw bewijs van de door hem gestelde feiten heeft aangeboden.”

Een dergelijk geval heeft zich inderdaad voorgedaan (zie het laatst-aangehaalde arrest van 1935). De eischer, die in eerste instantie bewijs

van zijn stellingen had aangeboden, welk bewijs door de Rechtbank als niet ter zake dienende werd afgewezen, voerde als grief in hooger beroep aan dat de Rechtbank het gedane bewijsaanbod ten onrechte was voorbijgegaan. Het Hof maakte zich van de zaak af door te overwegen dat, wat er zij van deze grief, zij den eischer niet kon baten, nu hij in hooger beroep geen bewijs heeft aangeboden.

De Hooge Raad, er van uitgaande dat zonder een herhaling de appel-rechter niet verplicht is een in eerste instantie aangeboden bewijs op te leggen, verwierp het cassatiemiddel omdat het Hof feitelijk, en dus in cassatie onaantastbaar, had uitgemaakt dat een dergelijke herhaling niet had plaats gevonden.

De beslissing van het Hof achten wij pertinent onjuist. Het is o.i. meer dan duidelijk dat in een dergelijke grief, waarin uitdrukkelijk wordt geklaagd wegens voorbijgaan van een bewijsaanbod, en welke dus kennelijk ten doel heeft alsnog tot dat bewijs te worden toegelaten, een herhaling van het in eerste instantie aangeboden bewijs ligt opgesloten.

Een andere vraag is echter of de Hooge Raad aan een dergelijke beslissing iets kan veranderen. Het uitgangspunt van den Hoogen Raad, dat in hooger beroep een bewijsaanbod moet worden herhaald, achten wij in casu juist, omdat het de appellant is die in eerste instantie het bewijs had aangeboden. De beslissing van het Hof, dat er in hooger beroep geen bewijs is aangeboden, is echter van zuiver feitelijken aard, zoodat de Hooge Raad hiertegen machteloos staat.

Indien het de *geintimeerde* in hooger beroep is, die het bewijsaanbod in eerste instantie had gedaan, staan de zaken anders.

Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat men in eerste instantie een bewijsaanbod doet, hetwelk door den eersten rechter wordt gepasseerd omdat de vordering van den eischer, die het aanbod deed, ook zonder dit bewijs kon worden toegewezen, casu quo omdat de vordering van den eischer ook zonder het door den verweerder aangeboden bewijs moest worden ontzegd. De gedaagde heeft bijvoorbeeld in eerste instantie een of meer weren aangevoerd, en voorts, voor het geval die weren ongegrond zouden worden geoordeeld, aangeboden door getuigenbewijs de feitelijke stellingen van den eischer te ontzenuwen. Tot een bewijsoplegging is de eerste rechter niet gekomen omdat hij de aangevoerde verweermiddelen juist vond, en de partij, die het bewijs had aangeboden, ook zonder getuigenbewijs in het gelijk kon stellen. Is de appelrechter het met dit vonnis niet eens, en acht hij de aangevoerde weren niet afdoende om de vordering af te wijzen, dan zou voor den verweerder de eenige mogelijkheid om zijn proces te winnen hierin zijn gelegen, dat hij in de gelegenheid wordt gesteld te bewijzen, dat de feitelijke stellingen van den eischer onjuist zijn. Misschien heeft hij zich in appel echter uitsluitend geconcentreerd op een bestrijding van de aangevoerde grieven, en zijn bewijsaanbod, hetwelk immers alleen in aanmerking kon worden genomen indien

de grieven juist zouden worden bevonden, niet uitdrukkelijk herhaald.

Acht de appelrechter deze grieven inderdaad juist, dan doet zich wederom de vraag voor, of hij *verplicht* is met het in eerste instantie aangeboden bewijs rekening te houden, welke vraag ook thans aan de hand van de devolutieve werking van het appel zal moeten worden opgelost.

Wij hebben in paragraaf 13 betoogd dat, wanneer in eerste instantie een van meerdere weren niet werd onderzocht, omdat de vordering op grond van een andere aangevoerde weer werd ontzegd, de appelrechter ook die gepasseerde weer in zijn onderzoek moest betrekken, ook dan, wanneer de geïntimeerde niet incidenteel had geappelleerd, of zelfs op die weer in het geheel geen nieuw beroep had gedaan, welk standpunt ook de Hoge Raad huldigt. Nu kan men weliswaar het aanbieden van bewijs niet geheel met het aanvoeren van een verweermiddel gelijkstellen, maar voor ons onderwerp zijn zij toch van dezelfde orde. De gedaagde heeft in eerste instantie betoogd: „De vordering moet worden afgewezen, ten eerste op grond van de aangevoerde verweermiddelen, en ten tweede omdat, al zijn die verweermiddelen niet juist, de door eischer gestelde feiten onjuist zijn, hetgeen ik te bewijzen aanbied.” Dit geheel maakt zijn verweer uit, en hij heeft er recht op dat zijn geheele verweer wordt onderzocht.

De eerste rechter behoefde het tweede gedeelte van zijn verweer niet te onderzoeken, omdat hij het eerste gedeelte afdoende vond. Is de appelrechter het hiermede niet eens, dan zal hij moeten overgaan tot het tweede gedeelte van het verweer, daar dit anders buiten onderzoek zou blijven. De devolutieve werking van het appel brengt ook hier o.i. mede, dat de appelrechter *verplicht* is met het in eerste instantie aangeboden bewijs rekening te houden.

De Hoge Raad huldigt echter een ander standpunt. In het geval, hetwelk tot het in de laatste noot genoemde arrest van 26 Juni 1925 leidde, had de eischer voor de Rechtbank bewijs zijner stellingen aangeboden. De overeenkomst, waarop de vordering was gebaseerd, nam de Rechtbank echter zonder bewijs als vaststaande aan; zij legde enkel bewijs op van stellingen omtrent de uitvoering dezer overeenkomst.

De gedaagde appelleerde van het interlocutoir vonnis; de oorspronkelijke eischer concludeerde eenvoudig tot bevestiging. Het Hof achtte de bedoelde overeenkomst *niet* zonder meer bewezen, en ontzegde de vordering, zonder den geïntimeerde in de gelegenheid te stellen het bestaan dezer overeenkomst door getuigen te bewijzen. Toen de eischer in cassatie klaagde dat het Hof ten onrechte had nagelaten hem bewijs op te leggen van het bestaan der overeenkomst verwierp de Hoge Raad het cassatiemiddel op grond van de hierboven aangehaalde overwegingen.

Het hierboven verdedigd standpunt zal alleen gelden, indien door den eersten rechter een bewijsaanbod is gepasseerd omdat de vordering

ook zonder bewijs kon worden toe-, respectievelijk afgewezen. Anders zal het echter zijn indien de eerste rechter een bewijsaanbod uitdrukkelijk had verworpen, bijvoorbeeld omdat de betreffende feiten niet ter zake dienende zijn, of omdat een getuigenbewijs niet toelaatbaar is. In dat geval zal men zich in de eerste plaats moeten afvragen, niet of het bewijsaanbod moet worden herhaald in hooger beroep, maar of de geïntimeerde tegen de betreffende beslissing incidenteel moet appelleren, wil hij den appelrechter verplichten haar te onderzoeken. Deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van het stelsel, door ons opgezet in paragraaf 13, onder c, hierboven. In het algemeen zal zeer zeker een incidenteel appel noodig zijn, want het zal zelden voorkomen dat de beslissing betreffende het voorbijgaan van het door geïntimeerde gedaan bewijsaanbod kan worden geacht bestreken te worden door de namens appellant aangevoerde grieven. Daar de geïntimeerde op andere gronden in het gelijk is gesteld zal dit incidenteel appel *voorwaardelijk* kunnen geschieden.

Secundair is de vraag, of het bewijsaanbod naast het incidenteel appel ook nog eens uitdrukkelijk moet worden herhaald. O.i. ligt wederom in het feit, dat incidenteel tegen de afwijzende beslissing wordt geappelleerd, opgesloten dat het aanbod wordt herhaald, al is dit niet met zooveel woorden gesteld, (gelijk men zich omgekeerd kan afvragen of in een uitdrukkelijke herhaling niet een incidenteel appel ligt opgesloten). Daar het oordeel hierover echter feitelijk is (zie het arrest van 1935) zal men voorzichtig doen het aanbod nog eens uitdrukkelijk te herhalen. Gezien de opvatting van den Hoogen Raad zal trouwens in alle gevallen, welke zich kunnen voordoen, de partij in hooger beroep er goed aan doen te zorgen, dat het aanbod uitdrukkelijk wordt herhaald.

### *c. Niet-betwisting van feiten in eersten aanleg.*

Heeft men in eerste instantie een bepaald feit uitdrukkelijk erkend, dan zal men daarop in hooger beroep niet mogen terugkomen, omdat dit verweer is gedekt (art. 348, lid 2 Rv.).

Wanneer men zich echter in eerste instantie over een bewering der tegenpartij niet heeft uitgelaten kan de rechter zulks in die instantie wellicht als een stilzwijgende erkenning opvatten, en het betreffende feit, als niet weersproken, voor waar aannemen, doch dit ontnemt de partij niet het recht daarop in hooger beroep terug te komen, en het bedoelde feit alsnog te ontkennen. Het nalaten van tegenspraak in eerste instantie kan immers het gevolg zijn van een verzuim, en de strekking van het hooger beroep is o.a. om aan partijen de gelegenheid te geven door haar in eerste instantie begane verzuimen te herstellen.<sup>1)</sup>

---

<sup>1)</sup> Aldus H.R. 10 Juni 1927, W. 11705; N.J. 1927 blz. 1107 m.o. P.S.; SCHOLTEN in zijn genoemde annotatie en VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 348, aant. 3, noot 3 (slot).

*d. Beslissende eed.*

Een bewijsmiddel van bijzonderen aard is de beslissende eed. Is in eerste instantie een beslissende eed opgedragen, dan wordt de uitslag van het geding uitsluitend afhankelijk gesteld van het al of niet afleggen van dien eed. Weliswaar kan de opdracht nog herroepen worden zoolang de eed niet is aangenomen, maar zoodra hij is aangenomen is de partij, die hem opdroeg, daaraan gebonden.

Is in eerste instantie de opgedragen eed afgelegd of aangenomen, dan kan degene, die den eed opdroeg, niet meer in appel komen <sup>1)</sup>; dan is ook in hooger beroep een getuigenbewijs niet meer mogelijk, en moet een gedaan bewijsaanbod derhalve worden afgewezen <sup>2)</sup>, terwijl men evenmin in appel met vrucht kan beweren dat de eerste rechter vóór die eedsopdracht aangevoerde grieven ten onrechte heeft verworpen. <sup>3)</sup>

Anders oordeelde de Hooge Raad in een geval, dat de eedsopdracht voorwaardelijk was gedaan, n.l. voor het geval de rechter het door de betreffende partij aangevoerde bewijs niet voldoende zou achten. De Rechtbank had dit bewijs niet voldoende geacht, en de eed was voor de Rechtbank afgelegd. Het Hof achtte het bewijs echter wel voldoende, en verklaarde den afgelegden eed voor vervallen, welke beslissing door den Hoogen Raad werd bevestigd. <sup>4)</sup>

---

<sup>1)</sup> Aldus ook Hof 's-Gravenhage 5 Juni 1925, W. 11612. In anderen zin H.R. 15 Dec. 1916, W. 11055; N.J. 1917 blz. 82.

<sup>2)</sup> Hof Amsterdam 26 October 1921, W. 10832; N.J. 1922 blz. 912.

<sup>3)</sup> Hof 's-Hertogenbosch 4 Januari 1929, W. 12032.

<sup>4)</sup> H.R. 10 April 1924, N.J. 1924 blz. 577.



## HOOFDSTUK II.

### FRANSCH BURGERLIJK PROCESRECHT.

#### § 1. ALGEMEENE OPMERKINGEN.

Bij de vele handboeken en commentaren over het Fransche burgerlijke procesrecht zijn er slechts weinige aan te wijzen, waarin niet op een tweevoudige werking van het hooger beroep wordt gewezen: *l'effet suspensif* en *l'effet dévolutif*. De eerste, de schorsende kracht van het appel, welke op de executie van vonnissen betrekking heeft, kan hier verder buiten beschouwing blijven.

In hun verklaring van de beteekenis der devolutieve werking stemmen alle schrijvers volledig, bijna woordelijk, met elkaar overeen: het appel onttrekt het geschil aan de rechtsmacht van den eersten rechter, en brengt dit ter beoordeeling over aan den appelrechter, die er in vollen omvang van kennis neemt, zoowel wat betreft de feiten als wat betreft het recht. <sup>1)</sup> Even eenstemmig wordt aangenomen dat het adagium *tantum devolutum quantum appellatum* een beperking vormt op dezen regel.

Het appel, zoo schrijft GARSONNET, onttrekt het geschil volledig aan de rechtsmacht van den eersten rechter. De regel *lata sententia iudex desinit esse iudex* heeft de zaak reeds aan hem onttrokken in dien zin, dat hij het vonnis, door hem gewezen, onder geen enkel voorwendsel meer mag herroepen, maar hij kan het nog wel nader interpreteren, het aanvullen door accessoire maatregelen, en kennis nemen van de executiegeschillen, waartoe het aanleiding geeft. Is echter appel ingesteld, dan wordt de onttrekking aan den eersten rechter volledig („le dessaisissement se consomme”), en moeten alle soort bezwaren, welke zich kunnen voordoen, worden voorgelegd aan den appelrechter. <sup>2)</sup>

---

<sup>1)</sup> MERLIN, Quest., in voce appel § 5; CARRÉ-CHAUVEAU qu. 1655 ter; DALLOZ, R.L., in voce appel civil nos. 1166 v.v.; DALLOZ R.P., in voce appel en matière civile nos. 576 v.v.; GARSONNET-CÉZAR-BRU t. VI no. 102; MOREL nos. 633—634; BRAAS no. 1022; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 883; CUCHE no. 362; BONNECASE-LABORDE-LACOSTE blz. 323.

Vgl. ook POTHIER, Traité de la procédure civile, partie III Sect. I Art. III § 1, en Exposé des motifs de la loi relative à la procédure devant les tribunaux d'appel etc. par M. le conseiller d'Etat BIGOT PRÉAMENEU, no. 16 (te vinden o.a. in DALLOZ R.L., in voce appel civil, no. 100, noot 1).

<sup>2)</sup> GARSONNET-CÉZAR-BRU t. VI n. 102. Zie ook MOREL no. 633, en GLASSON-TISSIER-MOREL nos. 883 en 767.

Wij hebben in het vorige hoofdstuk betoogd dat deze opvatting voor het Nederlandsche recht niet opgaat. In Frankrijk echter kent men twee instituten, welke bij ons onbekend zijn: de *rectification* en de *interprétation des jugements*. Geen van beide zijn op de wet gebaseerd, maar zij worden in de praktijk toegepast.

Indien er in het vonnis vergissingen zijn geslopen kan de rechter, die het vonnis heeft gewezen, deze op vordering van een der partijen bij een nieuw vonnis herstellen; aldus bijvoorbeeld de verbetering van een rekenfout, of van een voornaam van een der partijen, wanneer er geen twijfel bestaat over de identiteit van deze.

Een *jugement rectificatif* is echter slechts geldig indien het niet gebruikt is als een achterdeur om een beslissing te wijzigen, en geen afbreuk doet aan de kracht van het gewijsde. Daartoe is o.a. noodig dat het vonnis zelf de gronden voor de rectificatie oplevert.

Wanneer een beslissing duister of dubbelzinnig is kunnen de partijen zich tot den rechter wenden, met verzoek deze onduidelijkheid op te heffen. De rechter, die het betreffende vonnis heeft gewezen, kan dan bij een nieuwe beslissing de bedoeling van dit vonnis verklaren. Ook door een *jugement interprétatif* mag de beslissing geen wijziging, beperking of aanvulling ondergaan.

Noch het recht van interpretatie, noch dat van rectificatie mag uitgeoefend worden, nadat tegen het vonnis hooger beroep is ingesteld. Elke vergissing of onduidelijkheid, welke het vonnis bevat, kan dan alleen door den appelrechter worden hersteld.<sup>1)</sup>

In Frankrijk is de opvatting, dat het geschil door het appel *volledig* aan den eersten rechter wordt onttrokken, derhalve inderdaad gegrond.

Dit onttrekken heeft tevens tengevolge dat de eerste rechter niet bevoegd is te onderzoeken en te beoordeelen, of het appel al dan niet geldig of ontvankelijk is.<sup>2)</sup>

Bij vrijwel alle schrijvers wordt als hoofdregel vooropgesteld, dat de appelrechter kennis neemt van het geschil in vollen omvang; dat hij het geheele geschil onderzoekt en beslist, zoowel wat de feiten als wat het recht betreft, en in de plaats van het vonnis a quo een geheel nieuwe beslissing geeft, dit vonnis bevestigt, ofwel gedeeltelijk vernietigt en voor het overige bevestigt. Deze regel wordt dan beperkt door het adagium *tantum devolutum quantum appellatum*.

Bij geen der schrijvers vindt men eenige verklaring over den oorsprong van deze rechtsspreuk. CUCHE noemt het adagium slechts een aspect van den algemeenen regel *tantum judicatum quantum litigatum*.<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> Vgl. MOREL nos. 572, 573 en 633; GLASSON-TISSIER-MOREL nos. 767 en 883.

<sup>2)</sup> DALLOZ R.L., i.v. appel civil no. 1194; DALLOZ R.P., i.v. appel en matière civile no. 579; GARSONNET-CÉZAR-BRU t. VI no. 102.

<sup>3)</sup> CUCHE no. 362.

GARSONNET trekt uit het beginsel vier conclusies: <sup>1)</sup>

1. Het appel van een vonnis, gewezen tusschen meer dan twee partijen, strekt slechts ten voordeele van dengene die het heeft ingesteld, en ten nadeele van hem, tegen wien het is ingesteld.

2. Het appel van een vonnis, dat een partij op verschillende punten veroordeelt, heeft slechts betrekking op die punten, waartegen het is ingesteld.

3. Het appel van een vonnis, waarbij beide partijen op verschillende punten zijn in het gelijk gesteld, en hetwelk slechts door één der partijen is aangevallen, brengt slechts die beslissingen ter sprake, waardoor de appellant is bezwaard; de andere partij moet van haar kant appelleeren, wil zij een vernietiging verkrijgen van de beslissingen in het vonnis, waardoor zij is gegriefd.

4. De zaak kan slechts in het appel worden betrokken in den staat, waarin zij zich bevond in eerste instantie, want het appel kan slechts ter sprake brengen hetgeen reeds is beslist.

Deze vier gevolgtrekkingen zullen in de volgende paragrafen ter sprake komen. Hierbij worde opgemerkt, dat wij de geheele jurisprudentie niet zelfstandig hebben onderzocht, doch hoofdzakelijk zijn afgestaan op enkele der voornaamste handboeken, en de verzamelingen DALLOZ. Rechterlijke uitspraken zullen dan ook slechts sporadisch worden aangehaald.

Voorts hebben wij ons niet beperkt tot een weergave van de opvattingen der laatste jaren alleen, maar zooveel mogelijk getracht daarbij de wijzigingen in verschillende opvattingen aan te geven, welke zich gedurende het bestaan van den Code de Procédure Civile hebben voorgedaan: ook in Frankrijk zijn de vraagstukken, welke met de devolutieve werking van het appel verband houden, in voortdurende ontwikkeling geweest, en zij zijn het waarschijnlijk nog.

Dat deze ontwikkeling in Frankrijk volstrekt niet parallel loopt met die in Nederland, en men dikwijls tot geheel andere opvattingen is gekomen, hoewel de wetboeken van burgerlijke rechtsvordering in beide landen nagenoeg aan elkaar gelijk zijn, moge blijken bij onderlinge vergelijking van de hoofdstukken I en II.

De vraagstukken, welke in het eerste hoofdstuk ter sprake zijn gebracht, worden hier uiteraard slechts behandeld voorzoover wij daartoe de stof hebben gevonden.

## § 2. CONVENTIE EN RECONVENTIE.

Een bepaling als art. 250 Rv. is in den Code de Procédure Civile onbekend. Wat betreft de eerste instantie wordt over reconventioneele vorderingen in het geheel niet gesproken. Voor het hooger beroep bepaalt art. 464: „Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande,

<sup>1)</sup> GARSONNET-CÉZAR-BRU t. VI n. 103.

à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale", waarin de bevoegdheid tot het instellen van een reconventioneele vordering in hooger beroep, zij het in beperkte mate, is neergelegd.

Hoewel de wet hierover zwijgt wordt algemeen de ontvankelijkheid van reconventioneele vorderingen ook in eerste instantie aangenomen. De gevallen, waarin deze kunnen voorkomen, worden echter beperkt.

In de eerste plaats neemt men aan dat, waar in appel een reconventioneele vordering mogelijk is wanneer zij tot compensatie strekt, of de verdediging vormt van de hoofdvordering, dit a fortiori ook in eerste instantie is toegestaan.

Een reconventioneele vordering, welke tot compensatie strekt, wordt ingesteld wanneer de gedaagde op den eischer een niet vereffende vordering heeft. Hij kan dan in reconventie eischen dat de Rechtbank zijn vordering vaststelt, de compensatie uitspreekt, en zelfs den eischer veroordeelt tot betaling van het verschil, indien de vordering van den gedaagde grooter is dan die van den eischer. Een verknochtheid tusschen de beide vorderingen behoeft dan niet aanwezig te zijn.

Een voorbeeld, dat de reconventioneele vordering strekt tot verdediging tegen de conventioneele vordering, is, wanneer de gedaagde, van wien de nakoming van een overeenkomst wordt gevorderd, antwoordt met een vordering tot nietigverklaring of ontbinding van die overeenkomst. Ook hier wordt verknochtheid tusschen de beide vorderingen niet noodzakelijk geacht.<sup>1)</sup>

Buiten deze twee, in art. 464 genoemde gevallen, wordt in eerste instantie een reconventioneele vordering toegelaten bij echtscheiding en scheiding van tafel en bed; indien de gedaagde een vordering tot schadevergoeding instelt, uitsluitend gegrond op de nadeelen, welke de eischer den gedaagde door zijn ten onrechte ingestelde vordering berokkent, en voorts wanneer de reconventioneele vordering is verknocht met de oorspronkelijke vordering. Deze bevoegdheid wordt gegrond op de in art. 171 C.Pr. voorziene mogelijkheid van verwijzing (ons art. 158 Rv.).

Theoretisch bestaat er derhalve een verschil tusschen het Nederlandsche en het Fransche recht; in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt er voor de ontvankelijkheid der reconventioneele vordering geen enkele voorwaarde gesteld<sup>2)</sup> (behalve dat de rechter absoluut bevoegd moet zijn daarvan kennis te nemen), doch in Frankrijk wordt zij slechts in bepaalde gevallen toegelaten. Practisch lijkt ons dit onderscheid echter onbeduidend. Ook bij ons zal een reconventioneele vordering in de meeste gevallen hetzij verknocht zijn met de hoofdzaak (recon-

<sup>1)</sup> Zal hier niet altijd verknochtheid aanwezig zijn?

<sup>2)</sup> Zie o.a. MOREL no. 358.

<sup>3)</sup> Vgl. VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 250, aant. 1; STAR BUSMANN no. 310.

ventie *ex pari causa*), hetzij kunnen worden ondergebracht onder een der andere genoemde gevallen (reconventie *ex dispari causa*).

Hoewel genoemd onderscheid niet uitsluitend ten grondslag zal liggen aan het verschil in opvatting, hetwelk tusschen de beide landen bestaat wat betreft den omvang van het appel, meenden wij hierop toch de aandacht te moeten vestigen.

De Fransche leer, wat aangaat de devolutieve werking van het appel, kan in het kort als volgt worden weergegeven:

Indien alleen geappelleerd is van de uitspraak in de conventie, of alleen van de reconventie, dan mag de appelrechter uitsluitend van dat in het appel betrokken geschil kennis nemen, volgens de rechtsspreuk *tantum devolutum quantum appellatum*.<sup>1)</sup>

Indien principaal geappelleerd is van de conventie, mag de geïntimeerde incidenteel appelleren van de reconventie, en omgekeerd.<sup>2)</sup> Voor wat betreft de motiveering van deze opvatting moge worden verwezen naar paragraaf 6 van dit hoofdstuk.

### § 3. MEERDERE EISCHERS; MEERDERE GEDAAGDEN.

Het vraagstuk van den omvang van het appel voor het geval, dat in eerste instantie meerdere personen als eischer of gedaagde zijn opgetreden, is gedurende het bestaan van den Code de Procédure Civile in Frankrijk meer dan in Nederland in behandeling gekomen, zoowel in de jurisprudentie als in de doctrine. Hoewel zulks volstrekt niet tot gevolg heeft gehad dat er, na verloop van meer dan een eeuw, eenstemmigheid over dit onderwerp bestaat, kan men, wat de groote lijnen betreft, toch enkele opvattingen aanwijzen, welke vrij algemeen worden aanvaard.

Aan deze opvattingen ligt o.a. een beginsel ten grondslag, dat in het Fransche recht een veel uitgebreider toepassing heeft verkregen dan bij ons, n.l. de *vertegenwoordiging*. Reeds met betrekking tot de personen, die van een rechterlijke uitspraak in appel kunnen gaan, komt dit tot uiting.

In art. 332 Rv. is aan de *partijen* het recht gegeven van vonnissen in hooger beroep te komen. Wij hebben er in paragraaf 15 van het eerste hoofdstuk — gewijzigde omstandigheden — op gewezen dat niet alleen de partijen in den strikten zin van het woord in appel kunnen gaan, maar dat rekening moet worden gehouden met vóór de appeldagvaarding ingetreden wijzigingen in de *persona standi in judicio*. „Is een der par-

<sup>1)</sup> Al wordt dit punt niet uitdrukkelijk besproken, het volgt toch uit de algemeene opvattingen, welke hierna onder de §§ 6 en 8 worden vermeld. Anders DALLOZ R.L., i.v. appel civil no. 1186, op grond dat de beide vorderingen een ondeelbaar geheel vormen.

<sup>2)</sup> CARRÉ-CHAUVEAU qu. 1574; DALLOZ R.L., i.v. appel incident no. 31 v.v.; Anders CARRÉ qu. 1574.

Vgl. voorts hetgeen hieronder in § 6 zal worden opgemerkt.

„tijen vóór het appel overleden, dan moet het geding worden voortgezet door of tegen de erven; heeft de voogd, die in den eersten aanleg „optrad, gedefungeerd, dan treedt in hooger beroep de meerderjarig „gewordene persoonlijk op of de nieuwe voogd; is een der partijen in „middels onder curateele gesteld, dan moet de zaak in appel vervolgd „worden door of tegen den curator; is een procedeerende vrouw vóór het „appel getrouwd, dan kan zij niet meer zelfstandig appelleeren.” <sup>1)</sup>

Men zou dit aldus kunnen weergeven dat niet alleen zij, die in *persoon* partij zijn geweest in eerste instantie, kunnen appelleeren, maar ook zij, die geacht worden daarin door een der partijen te zijn *vertegenwoordigd*.

VAN ROSSEM-CLEVERINGA vervolgt dan echter: „Deze gevallen „moeten intusschen niet verward worden met die, waarin enkel sprake „is van het tenietgaan ten voordeele van een derde of van den overgang „onder bijzonderen titel van een recht; dit kan op het lot der vordering „wel van invloed zijn, maar brengt op zich zelf geen wisseling van pro„cespartij met zich. Sterft de met een derde procedeerende vruchtge„bruiker voor het appel, dan wordt niet de eigenaar partij; evenmin de „cessionaris door de cessie voor de dagvaarding in hooger beroep, enz.”

Een wetsbepaling als art. 332 Rv. is in den Code de Procédure onbekend. Niettemin neemt men ook in Frankrijk aan, dat van rechterlijke uitspraken in beroep kunnen gaan zij, die in eerste instantie partij zijn geweest, of daarin zijn *vertegenwoordigd*. <sup>2)</sup>

Zijn deze beginselen in beide landen derhalve gelijk, de uitvoering daarvan geeft een ander resultaat. In Frankrijk is aan veel meer personen dan bij ons de bevoegdheid gegeven in appel te komen, omdat het begrip „*vertegenwoordiging*” veel ruimer wordt opgevat. Niet alleen wordt daar het recht van appel gegeven aan den wettelijken *vertegenwoordiger* van de partij (voogd, curator enz.), en aan de opvolgers onder algemeenen titel, maar o.a. ook aan de opvolgers onder bijzonderen titel, bijvoorbeeld den kooper van een litigieuze zaak en den cessionaris (althans indien de koop of de cessie is tot stand gekomen na de introductieve dagvaarding). <sup>3)</sup> Zoo kunnen de schuldeischers in appel komen van een vonnis, tegen hun debiteur gewezen <sup>4)</sup> (tenzij het een recht zou betreffen dat uitsluitend aan den persoon van den debiteur is verbonden). <sup>5)</sup> Zoo wordt aan den in vrijwaring opgeroepene, ook bij de eenvoudige

<sup>1)</sup> VAN ROSSEM-CLEVERINGA ad art. 332, aant. 2.

<sup>2)</sup> DALLOZ R.L. i.v. appel civil nos. 431 v.v.; DALLOZ R.P. i.v. appel en matière civile nos. 247 v.v.; MOREL no. 607; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3, no. 864.

<sup>3)</sup> DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. no. 255; MOREL no. 607; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3, no. 864.

<sup>4)</sup> PIGEAU II pag. 54; DALLOZ R.L. i.v. app. civ. nos. 555 v.v.; DALLOZ Suppl. 1887 i.v. app. civ. nos. 106 v.v.; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. no. 249; CARRÉ-CHAUVEAU qu. 1581 bis; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 864.

<sup>5)</sup> Vgl. art. 1166 C.C.: „Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne”.

dige vrijwaring, wanneer hij zich niet heeft gevoegd, het recht gegeven in appel te komen van het vonnis, in de hoofdzaak gewezen.<sup>1)</sup>

De grond voor deze opvatting is hierin gelegen, dat al deze personen, die een direct belang hebben bij den uitslag van het geding, geacht worden daarin te zijn vertegenwoordigd: de opvolgers onder bijzonderen titel door hun auteur; de schuldeischers door hun debiteur; de waarborg door dengene, die hem in vrijwaring heeft opgeroepen.

Behalve op de vraag, wie van een vonnis in appel kan komen, heeft deze ruime opvatting van het vertegenwoordigingsbeginsel ook invloed op de vraag, of het door iemand ingesteld appel mede kan strekken ten voordeele van anderen dan den appellant zelf. Met name doet hier haar invloed gelden de algemeen<sup>2)</sup> aanvaarde regel, dat de hoofdelijke debiteuren elkander wederkeerig vertegenwoordigen. De lastgeving tot behartiging van elkaars belangen, welke de hoofdelijke debiteuren geacht worden elkander te hebben verstrekt, wordt echter hierdoor begrensd, dat elk der debiteuren de positie van zijn mededebiteuren alleen beter, doch niet slechter kan maken. De consequenties van deze opvatting zullen aanstonds ter sprake komen.

Als algemeen beginsel wordt vooropgesteld dat, wanneer in eerste instantie meerdere personen als eischers en/of gedaagden zijn opgetreden, het appel geen verdere werking heeft dan met betrekking tot hen, die in het appel zijn betrokken. Het appel kan niet ten voordeele strekken aan anderen dan dengene, die het heeft ingesteld, noch anderen in hun rechten benadeelen dan hem, tegen wien het is ingesteld. Is het appel slechts door één van de verliezende partijen ingesteld, dan kan de uitspraak in appel slechts betrekking hebben op die eene partij: de uitspraak van den lageren rechter verkrijgt kracht van gewijsde ten aanzien van de verliezers, die hebben berust. Is omgekeerd slechts één van de winnende partijen in appel gedagvaard, dan behoudt de uitspraak van den eersten rechter zijn volle kracht ten voordeele van de niet in het appel opgeroepen partijen.<sup>3)</sup>

Deze, in beginsel geldende, opvatting komt practisch overeen met de in het algemeen bij ons aanvaarde leer, doch wij meenen toch een merkwaardig theoretisch verschil te kunnen aanwijzen. In de Fransche

<sup>1)</sup> Vgl. hierna § 4.

<sup>2)</sup> DALLOZ R.P. i.v. obligations no. 298; AUBRY et RAU t. 4 § 278 ter, pag. 28 en 30; PLANIOL t. 2 nos. 750 v.v.; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE t. 2 no. 1213.

Contra: COLIN et CAPITANT p. 188—189.

<sup>3)</sup> DALLOZ R.L. i.v. app. civ. nos. 582 v.v. en 613; DALLOZ suppl. 1887 i.v. app. civ. nos. 111 v.v.; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat civ. nos. 289 v.v.; CARRÉ-CHAUVEAU qu. 1565 en 1581 ter; MOREL no. 608; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 868; Cass. Civ. 22 janv. 1912, D.P. 1912, 1, 157.

doctrine gaat men steeds uit van het *subject* van den rechtsstrijd, de *partij*. Ten wiens profijte kan het appel strekken, luidt daar de vraag; wie kan door het appel benadeeld worden?

In het vorige hoofdstuk hebben wij integendeel gemeend zooveel mogelijk te moeten uitgaan van het *object* van den strijd, namelijk het aantal der *vorderingen*, hetwelk oorspronkelijk is aanhangig gemaakt.

Eveneens merkwaardig mag het heeten, dat alle schrijvers, die dit onderwerp behandelen, dezen algemeenen regel slechts met enkele zinnen, en als het ware terloops, ter sprake brengen, terwijl zij zich geheel concentreeren op de uitzonderingen, welke op den algemeenen regel worden gemaakt, en daarop uitvoerig en in details ingaan.

Op genoemd beginsel worden namelijk twee uitzonderingen gemaakt: de gevallen van ondeelbaarheid en hoofdelijkheid.

### *Ondeelbaarheid.*

Een constante jurisprudentie en een constante doctrine leeren dat, ingeval van ondeelbaarheid, het appel, ingesteld door een der veroordeelden, ook ten voordeele strekt van de andere veroordeelde partijen, die niet in appel zijn gekomen, hetgeen tevens tot gevolg heeft dat die andere partijen ook dan nog in appel kunnen komen, als de termijn, binnen welken zij appel moesten instellen, tegenover *hen* reeds was verlopen. <sup>1)</sup> (Er moge op worden gewezen dat de appeltermijn volgens het Fransche procesrecht eerst begint te loopen vanaf de beteekening van het vonnis; art. 443 C.Pr.).

Deze opvatting berust hierop dat, bij tegenstrijdigheid van uitspraken, de ondeelbaarheid een gelijktijdige tenuitvoerlegging der beide uitspraken onmogelijk zou maken.

Omgekeerd moet degene, die zijn proces tegen meerderen verloren heeft, al de personen, die in eersten aanleg zijn tegenstanders waren, in hooger beroep dagvaarden, en wel op straffe van niet-ontvankelijkheid. <sup>2)</sup>

Deze laatste opvatting heeft niet steeds gegolden. In een oud arrest van het Hof te Bordeaux treffen de volgende overwegingen: <sup>3)</sup>

„Attendu qu'il est de principe que, lorsqu'il s'agit d'une obligation indivisible, l'appel interjeté par un des obligés doit profiter aux autres coobligés; qu'il suit de là, par les raisons des contraires, que l'appel, interjeté contre l'un des coobligés, doit profiter à l'appellant contre tous les autres coobligés, qui ne peuvent se dispenser de courir des chances de cet appel; que ces principes sont fondés sur les dispositions des art. 1222, 1223, 1224 et 2249 c.civ., aux

<sup>1)</sup> CARRÉ-CHAUVEAU qu. 1565; DALLOZ R.L. i.v. app. civ. nos. 622 v.v.; DALLOZ suppl. 1887 no. 130; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. nos. 293 v.v.; GARSONNET-CÉZAR-BRU t. VI n. 135; MOREL no. 608; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 868.

<sup>2)</sup> Zie o.a. GLASSON-TISSIER-MOREL no. 868.

<sup>3)</sup> Bordeaux 4 avril 1829, DALLOZ R.L. i.v. app. civ. no. 594, note 1.



termes desquels chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible en est tenu pour le total."

Zoo verdedigt CHAUVEAU de stelling dat, indien het appel is ingesteld tegen één van de winnende partijen, voordat het vonnis ten aanzien van een van dezen kracht van gewijsde heeft verkregen, het appel de geheele zaak ten aanzien van allen ter beoordeeling van den appelrechter stelt.<sup>1)</sup> Ook bij GARSONNET-CÉZAR-BRU lezen wij nog dat het appel, ingesteld door of tegen een der consorten, geacht wordt te zijn ingesteld tegen allen.<sup>2)</sup>

Thans wordt echter vrij algemeen aangenomen dat het tegen één of eenigen ingesteld appel niet-ontvankelijk is, indien de behandeling en beslissing van het geschil mede de belangen der niet-gedagvaarde partijen raakt.<sup>3)</sup> Het Hof van Cassatie (Chambre des Requêtes) overweegt hieromtrent in zijn in de laatste noot genoemde arrest van 1924: „Bien „qu'il n'y ait pas lieu a l'intimation sur l'appel de toutes les parties qui „ont figuré en première instance, le défaut de l'intimation de quelques- „unes d'entre elles rend l'appel irrécvable, lorsque la contestation est „telle qu'elle ne puisse être jugée, même au regard des parties présentes, que contradictoirement avec les parties omises."

Een moeilijkheid levert de vraag op, wanneer het onderwerp van den rechtsstrijd als ondeelbaar moet worden beschouwd, in dien zin, dat er slechts sprake kan zijn van één en dezelfde uitspraak. Een zuiver omlijnd criterium zoekt men tevergeefs. Men neemt aan dat dit het geval is indien, wanneer de uitspraak in appel anders zou uitvallen dan het vonnis a quo, het feitelijk onmogelijk zou zijn het eerste vonnis ten uitvoer te leggen tegen de consorten van den appellant, en de appelbeslissing tegen den geïntimeerde. Zoo werden als ondeelbaar in dezen zin beschouwd de door of tegen meerderen ingestelde vordering tot ontbinding eener overeenkomst; tot nietigverklaring van een testament; tot afgifte eener gelegateerde zaak; tot rekening en verantwoording; tot verklaring eener erfdienstbaarheid, en dergelijke. Wanneer het object van den strijd echter voor verdeling vatbaar is wordt geen ondeelbaarheid aangenomen, en strekt het appel van den één niet ten voordeele van zijn consorten, zooals bijvoorbeeld de afgifte van een legaat, bestaande in een som geld, of de vordering, ingesteld door de vermeende rechthebbenden op een buurweg, strekkende tot handhaving in hun recht op verkeer over dien weg.<sup>4)</sup>

Er wordt voorts op gewezen dat de onverdeeldheid niet mag worden verward met de ondeelbaarheid.

<sup>1)</sup> CARRÉ-CHAUVEAU qu. 1565.

<sup>2)</sup> GARSONNET-CÉZAR-BRU t. VI n. 135.

<sup>3)</sup> DALLOZ suppl. 1887 in voce appel civil no. 129; Cass. Civ. 30 décembre 1908, S. 1910—1—81, note TISSIER; Req. 23 janvier 1924, S. 1927—1—248; D. 1924, I. 189; DALLOZ R.P. Suppl. 1928, i.v. app. en mat. civ. no. 320, 2de; MOREL no. 608; GLASSON-TISSIER-MOREL no. 868.

<sup>4)</sup> Vgl. DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. nos. 294 v.v.; MOREL no. 608; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3. no. 868.

*Hoofdelijkheid.*

Wij hebben er reeds op gewezen, dat de hoofdelijke debiteuren geacht worden elkaar last te hebben gegeven de gemeenschappelijke belangen te verdedigen, en elkaar wederkeerig te vertegenwoordigen. Oorspronkelijk heeft men daaruit de gevolgtrekking gemaakt dat de diverse vragen, welke kunnen worden gesteld, bij de hoofdelijkheid geheel of nagenoeg geheel op dezelfde wijze moeten worden beantwoord als bij de ondeelbaarheid, althans indien het appel is gegrond op middelen, welke de verbintenis zelf betreffen, en aan alle consorten gemeen zijn. <sup>1)</sup>

Langzamerhand is het Hof van Cassatie verschillende onderscheidingen en beperkingen gaan maken. Er zijn daarna een aantal opvattingen naar voren gekomen, welke allerm minst als een voorbeeld kunnen dienen voor de consequente doorvoering van een vooropgesteld stelsel. De jurisprudentie is overigens zeer verward. Wij laten ons hierbij in hoofdzaak leiden door de weergave daarvan in GLASSON-TISSIER-MOREL. <sup>2)</sup>

De jurisprudentie is, voor het geval de crediteur al zijn hoofdelijke debiteuren in eenzelfde proces heeft aangesproken, begonnen met de volgende beperking te maken: de hoofdelijke debiteuren vertegenwoordigen elkaar alleen, wanneer de door één hunner aangegane rechtshandeling den anderen tot voordeel strekt, doch zij kunnen elkaar door hun handeling niet benadeelen. Zoo zal het appel, door een der hoofdelijke debiteuren ingesteld, tot voordeel strekken van de anderen, die zich bij den appellant kunnen voegen, al hebben zij zelf niet geappelleerd binnen den wettelijken termijn. Maar heeft een der debiteuren in het vonnis berust, dan kan deze berusting niet aan de anderen worden tegenworpen.

Anderzijds zal de in het ongelijk gestelde crediteur, die tegen een der debiteuren heeft geappelleerd, niet meer mogen appelleeren tegen de anderen, wanneer deze het vonnis hebben beteekend, en de appeltermijn te hunnen aanzien is verlopen.

Feitelijk is deze laatste opvatting in tegenspraak met het uitgangspunt van het Cassatiehof: wanneer een der debiteuren het vonnis heeft beteekend, en de appeltermijn is ten aanzien van hem verlopen, dan zou het consequent zijn het appel tegen de anderen niet-ontvankelijk te verklaren, op grond dat de beteekening door één der debiteuren ook ten voordeele van de anderen strekt. Het Hof van Cassatie ging er echter implicite van uit dat het appel geldig was tegen den debiteur, die niet zelf had beteekend. Hier wordt dus een betrekkelijke, geen absolute werking toegekend aan de beteekening van een der debiteuren, hoewel dit toch een

<sup>1)</sup> CARRÉ-CHAUVEAU qu. 1565; DALLOZ R.L. in voce appel civil no. 584; DALLOZ suppl. 1887 i.v. app. civ. no. 131; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. nos. 305 v.v.; Cass. civ. 26 octobre 1931, D.H. 1931—569.

<sup>2)</sup> GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 869; Zie ook MOREL no. 608.

rechtshandeling is welke ten voordeele van allen moest strekken!<sup>1)</sup>

De jurisprudentie is nog verder gegaan in het maken van uitzonderingen: in 1901 werd beslist dat, wanneer de hoofdelijke debiteuren in één procedure tezamen zijn aangesproken, ieder van hen zelfstandig in appel moet gaan, of zich tenminste moet voegen bij het door een der anderen ingesteld appel; laat een debiteur dit na, dan wordt hij geacht te berusten, en verkrijgt het veroordeelend vonnis jegens hem gezag van gewijsde, terwijl het kan worden vernietigd ten behoeve van den debiteur, die in appel is gegaan.

Tusschen de beginselen van het gezag van gewijsde en de wederkeerige vertegenwoordiging heeft dit laatste het onderspit gedolven. Volkomen verlaten is het echter niet: van het appel, door een der debiteuren ingesteld, kunnen de anderen nog in zooverre profiteren, dat zij zich bij den appellant kunnen *voegen*, ook al zouden zij zelf den appeltermijn hebben laten verlopen.

Wat betreft de materieelrechtelijke gevolgen van het geval, dat de vordering van den crediteur in eerste instantie is toegewezen, terwijl zij in hooger beroep wordt afgewezen tegen den debiteur, die alléén heeft geappelleerd, heeft het Hof van Cassatie aangenomen dat de in eerste instantie veroordeelde debiteur, die niet in beroep is gekomen, de geheele schuld moet betalen, zonder dat hij regres kan uitoefenen jegens de anderen. TISSIER heeft hierop dit correctief voorgesteld, dat de veroordeelde debiteur het appelvonnis aan den schuldeischer zou kunnen tegenwerpen voor het aandeel van zijn consorten, waarvoor hij regres zou hebben kunnen uitoefenen. Hij zag in het appelarrest een persoonlijk verweermiddel, dat de veroordeelde debiteur zou kunnen uitoefenen.<sup>2)</sup>

Oorspronkelijk werden dezelfde regels, welke golden voor de hoofdelijkheid, ook toepasselijk geacht bij hoofdelijke borgtocht, maar volgens de algemeene opvatting der jurisprudentie niet bij toevallig samenlopende verbintenissen,<sup>3)</sup> de *obligatio in solidum*, de *solidarité imparfaite*, waartoe in het bijzonder behoort de aansprakelijkheid van meerdere plegers eener onrechtmatige daad.<sup>4)</sup> De opvatting, dat de *solidarité imparfaite* volgens speciale regels moet worden behandeld, werd echter algemeen becristiseerd door de doctrine; ten slotte is zij ook door de jurisprudentie verworpen.<sup>5)</sup>

<sup>1)</sup> Hierbij moet echter worden vermeld dat het betreffende arrest van de Chambre Civile dateert van 16 December 1891 (D. 92.1.177; S. 93.1.81). Op 28 Juni 1928 (Gaz. Pal. 1928.2.435.) besliste de Chambre des Requêtes dat de beteekening door één der hoofdelijke debiteuren den appeltermijn ten behoeve van alle hoofdelijke debiteuren doet loopen.

<sup>2)</sup> GLASSON-TISSIER-MOREL no. 868.

<sup>3)</sup> Deze term is van VAN GOUDOEVER. Zie ASSER-VAN GOUDOEVER blz. 76.

<sup>4)</sup> DALLOZ R.L. in voce app. civ. no. 632; DALLOZ suppl. 1887 i.v. app. civ. no. 132; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. no. 306.

<sup>5)</sup> GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 869.

Hoe wordt geoordeeld over de vraag, of de crediteur, die in eerste instantie zijn proces tegen zijn hoofdelijke debiteuren heeft verloren, in het appel allen moet betrekken of niet, en wat de consequenties er van zijn indien hij slechts een of eenigen van hen dagvaardt in appel? CHAUVEAU en CÉZAR-BRU nemen een gelijk standpunt in als ten aanzien van de ondeelbaarheid: het appel, ingesteld tegen een van de hoofdelijke debiteuren, wordt geacht tegen allen te zijn ingesteld, waarbij de laatstgenoemde deze restrictie maakt, dat de middelen van verweer de schuld zelf moeten betreffen, of althans aan allen gemeen zijn.<sup>1)</sup>

Deze opvatting, welke ten aanzien van de ondeelbaarheid reeds niet werd aanvaard door de jurisprudentie, wordt t.a.v. de hoofdelijkheid zeer zeker verworpen.

De formule, welke het aangehaalde arrest van het Hof van Cassatie in 1924 gaf, en volgens welke het niet dagvaarden van alle consorten de niet-ontvankelijkheid van het appel tengevolge heeft, zal o.i. alleen omvatten de ondeelbaarheid, maar niet de hoofdelijkheid. In de commentaren op dit arrest vinden wij alleen gesproken van de ondeelbaarheid,<sup>2)</sup> waaruit eveneens reeds valt op te maken dat het appel, ingesteld tegen slechts één van de in het gelijk gestelde hoofdelijke schuldenaren, wel ontvankelijk is.

Ook GLASSON-TISSIER-MOREL gaat hiervan uit; wij lezen daar dat de crediteur moet appelleren tegen alle hoofdelijke schuldenaren, *wil hij niet het vonnis kracht van gewijsde zien verkrijgen ten behoeve van degenen, die niet in het spel zijn betrokken.*<sup>3)</sup> Met andere woorden, het niet dagvaarden van allen kan wel nadeelen meebrengen, maar niet de niet-ontvankelijkheid van het appel.

De arresten van 1891 en 1928, zooeven genoemd, schijnen zich ook op dit standpunt te stellen. De algemeene opvatting is dus wel, dat het den crediteuren vrij staat ten aanzien van den eenen debiteur te berusten, en ten aanzien van den ander den strijd voort te zetten.

Alles samengenomen zijn wij van oordeel dat jurisprudentie en doctrine, ondanks een veelvuldige en uitvoerige behandeling, er niet in geslaagd zijn dit onderwerp in een gaaf en afgerond geheel samen te vatten. In verband hiermede kan nog worden gewezen naar de opvattingen over de vrijwaring, welke in de volgende paragraaf zullen worden weergegeven.

Wij kunnen niet nalaten hier ten slotte de passage af te drukken, waarmede in GLASSON-TISSIER-MOREL de bespreking van dit onderwerp wordt besloten. Waar wij ons in het eerste hoofdstuk hebben gebaseerd op de zelfstandigheid der verschillende vorderingen, tegen meerdere

<sup>1)</sup> CARRÉ-CHAUVEAU qu. 1565; GARSONNET-CÉZAR-BRU t. VI n. 135.

<sup>2)</sup> DALLOZ R.P. suppl. 1928, in voce app. en mat. civ. no. 320, 2de; MOREL no. 608.

<sup>3)</sup> GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 869.

hoofdelijke debiteuren ingesteld, hechten wij aan deze eenigszins spijtige verzuchtingen een groot belang:

L'analyse de la jurisprudence nous relève en définitive qu'on s'est heurté en cette manière à de grandes difficultés, lorsqu'on a voulu s'écarter du principe de la relativité des actes de l'instance, des voies de recours et des jugements. La jurisprudence s'est efforcée de tenir compte de la communauté d'intérêt qui unit les codébiteurs solidaires. Peut-être, finalement, aurait-il été plus sage de maintenir, hors le cas d'obligation indivisible, les règles de la divisibilité de l'instance, de la relativité des actes et des jugements; l'on aurait en tout cas évité les incertitudes que reflète la jurisprudence. Les inconvénients qu'il y aurait au maintien de cette relativité, en particulier la contrariété possible des jugements, pourraient être évités par l'usage de la procédure d'intervention forcée ou de déclaration de jugement commun. L'étude des législations et des littératures juridiques étrangères nous montre quelles complications, quelles controverses souleve ce difficile problème.<sup>1)</sup>

#### § 4. HOOFDZAAK EN VRIJWARING.

Het beginsel van vertegenwoordiging, waarop in de vorige paragraaf werd gewezen, wordt ook ingeval van vrijwaring zeer sterk doorgevoerd. Zoo wordt de waarborg steeds geacht in de hoofdzaak te zijn vertegenwoordigd door den gewaarborgde. De voornaamste consequentie hiervan is, dat de waarborg, ook indien hij het proces niet heeft overgenomen van den gewaarborgde, in appel kan komen tegen den oorspronkelijken eischer, ongeacht de houding van den gewaarborgde.

Deze opvatting wordt verworpen door CHAUVEAU. Hij behandelt het onderwerp zeer uitvoerig,<sup>2)</sup> en begint met te wijzen op de groote moeilijkheden welke het leerstuk van de vrijwaring meebrengt, „des questions presque insolubles”. waarop ook andere schrijvers vóór hem zijn gestuit. „A peine MERLIN ose-t-il se prononcer...”, schrijft hij. „Ce sont des doutes que nous allons soumettre à nos lecteurs; nous nous estimerons heureux si le développement de ces doutes projette quelque lumière sur l'obscurité.”

Het feit, dat zijn opvattingen in lijnrechten strijd waren met de heerschende doctrine en jurisprudentie deden hem waarschijnlijk zijn theorie op deze bescheiden wijze inleiden. Ons kan echter de consequente doorvoering van zijn systeem meer bekoren dan de eenigszins willekeurig lijkende opvattingen der rechtsprekende colleges, al heeft dit in Frankrijk in het geheel geen ingang gevonden.

In de eerste plaats vraagt CHAUVEAU zich af, of de oproeping in vrijwaring (hierbij het oog hebbende op de eenvoudige vrijwaring) tusschen

<sup>1)</sup> GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 869.

<sup>2)</sup> CARRÉ-CHAUVEAU IV qu. 1581 quater.

alle partijen een ondeelbaar geheel heeft doen ontstaan. Op stellige wijze beantwoordt hij deze vraag ontkennend: ondeelbaarheid kan nimmer ontstaan door een procedure, en essentieel blijven de zaken zelfstandig, zooals zij dat vóór de procedure waren.

De mogelijkheid zou echter kunnen bestaan dat de beginselen der ondeelbaarheid niettemin toepasselijk zouden zijn, omdat, al zijn de verschillende partijen niet gebonden tegenover denzelfden persoon, er niettemin slechts één voorwerp der verbintenis is, terwijl een verplichting van den één afhankelijk is van de verplichting van den ander, hetgeen tusschen de belangen van den waarborg en den gewaarborgde een dergelijke verknochtheid teweegbrengt, dat de procedure alle eigenschappen van ondeelbaarheid zou vertoonen. CHAUVEAU ontkent echter dat zulks een toepasselijkheid van de beginselen der ondeelbaarheid tot gevolg zou moeten hebben: er bestaan twee verschillende verhoudingen, een van den eischer in de hoofdzaak ten opzichte van den gedaagde in de hoofdzaak, en een van den gewaarborgde ten opzichte van den waarborg. Het is onbetwistbaar, dat de waarborg en de gewaarborgde wederkeerig belang hebben bij dezelfde zaak, doch de verknochtheid van belangen, zoo betoogt hij, heeft nimmer ondeelbaarheid teweeggebracht.

Na het vonnis in eerste instantie zal ieder moeten nagaan wie zijn tegenstander is, dien hij in het appel moet betrekken, zonder dat de appelakte, tegen den een uitgebracht, noodzakelijkerwijze op den ander betrekking kan of moet hebben.

De zakelijke vrijwaring kan hierop een uitzondering vormen. Indien de waarborg de zaak niet heeft overgenomen zijn hierop alle regels, welke op de eenvoudige vrijwaring betrekking hebben, toepasselijk; de belangenverhouding tusschen den waarborg en dengene, die zich wil waarborgen, interesseeren den eischer in de hoofdzaak niet. Heeft echter de waarborg de zaak overgenomen van den gewaarborgde, en is deze buiten proces gesteld, dan bestaat er geen oorspronkelijke verweerder meer; deze is als het ware weggewischt van de lijst der procespartijen; men zal hem eerst terugvinden om de vonnissen, gewezen tegen den waarborg, tegen hem ten uitvoer te leggen. Appel zal moeten geschieden door den oorspronkelijken eischer tegen den waarborg, of omgekeerd, zonder dat een van hen te duchten heeft dat een vervaltermijn zou ontstaan door beteekeningen door of tegen den gewaarborgde. En indien de gewaarborgde in appel zou gaan zou dit krachteloos zijn, omdat hij geen procespartij meer was.

De groote moeilijkheid ontstaat in het geval, dat de waarborg de zaak heeft overgenomen, doch de gewaarborgde buiten proces is gesteld. De waarborg heeft als een werkelijke verweerder tegen den oorspronkelijken eischer gestreden. CHAUVEAU komt niettemin tot de conclusie, dat hier dezelfde beginselen toepasselijk zijn als bij de eenvoudige vrijwaring: er zijn drie procespartijen; ieder wordt geacht voor zichzelf op te treden. Hun rechten zijn nog steeds onderscheiden, en ieder moet

toezien wie zijn tegenpartij is. Er bestaat hier noch ondeelbaarheid, noch hoofdelijkheid. Bij ondeelbaarheid of hoofdelijkheid is ieder der debiteuren gehouden tot de geheele prestatie: indien de crediteur een veroordeeling tegen den een heeft verkregen, wordt deze ook verkregen tegen den ander. Bij de vrijwaring is het echter anders: zoowel de waarborg als de gewaarborgde is gehouden tot de geheele prestatie jegens den oorspronkelijken eischer, maar deze staat volkomen buiten de verhouding tusschen den waarborg en den gewaarborgde onderling. Deze hebben een verschillend belang: als de waarborg solvent is loopt de gewaarborgde geen enkel risico. Verliest hij het proces, dan verkrijgt hij van dezen terugbetaling en schadevergoeding.

Deze theorie heeft in Frankrijk geen ingang gevonden. Volgens CHAUVEAU kan de waarborg nimmer appelleren tegen den oorspronkelijken eischer, en deze nimmer tegen den waarborg, zoowel bij eenvoudige als bij zakelijke vrijwaring, behalve in het geval dat de waarborg de zaak heeft overgenomen, en de gewaarborgde buiten proces is gesteld. De waarborg is in de hoofdzaak geen partij geweest. Zijn belang brengt ook niet mede dat hem het recht van appel wordt gegeven, wanneer de gewaarborgde blijft stilzitten. Het is niet noodig dat hij zelf het vonnis in de hoofdzaak doet vernietigen indien hij tegenover den gewaarborgde, zijn werkelijken tegenstander, bewijst dat diens veroordeeling ten onrechte is uitgesproken, en dat deze de vernietiging van dat vonnis had kunnen en moeten vragen.

Volgens de heerschende doctrine en jurisprudentie echter is appel van den waarborg tegen den oorspronkelijken eischer, en omgekeerd, altijd mogelijk. Een enkele uitspraak betwistte deze bevoegdheid in geval van eenvoudige vrijwaring, maar volgens de overheerschende opvatting is dit steeds mogelijk, niet alleen indien de oorspronkelijke verweerder buiten proces is gesteld, maar steeds, zoowel bij zakelijke als bij eenvoudige vrijwaring. <sup>1)</sup> Deze opvatting berust hierop, dat de waarborg steeds partij is in de hoofdzaak, daar de gewaarborgde hem daarin *vertegenwoordigt*, en dat hij derhalve gerechtigd is te appelleren van een uitspraak, waardoor hij wordt benadeeld. <sup>2)</sup>

Ook wordt wel als argument gebezigd, dat de waarborg tusschenkomende partij is, hetzij vrijwillig of gedwongen, en hem daarom het recht van appel toekomt. <sup>3)</sup>

Volgens de opvatting van CHAUVEAU heeft de oorspronkelijke eischer a fortiori geen appel van den waarborg te duchten, indien hij den vervalt termijn jegens den gewaarborgde heeft doen ingaan, of deze laatste heeft

<sup>1)</sup> CARRÉ-CHAUVEAU IV qu. 1581 quater I en II; DALLOZ R.L. in voce appel civil nos. 567—570; 577 v.v.; DALLOZ R.P. in voce appel en matière civile nos. 309—311; GARSONNET-CÉZAR-BRU t. VI no. 138; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 870.

<sup>2)</sup> Vgl. GARSONNET-CÉZAR-BRU VI no. 138.

<sup>3)</sup> GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 870.

berust.<sup>1)</sup> (Wij brengen in herinnering dat de appeltermijn eerst begint te loopen nadat het vonnis is beteekend door de tegenpartij; art. 443 C.Pr.). Doch ook hier heeft hij de heerschende doctrine en de jurisprudentie tegen zich.<sup>2)</sup> De waarborg, aldus betoogt MERLIN, wordt gebonden door het vonnis, gewezen tegen den gewaarborgde, den oorspronkelijken verweerder. Hij zou echter niet gebonden zijn indien hij niet geacht werd partij te zijn; doch van het oogenblik af dat hij geacht wordt partij te zijn behoort hem noodzakelijkerwijze het recht van appel te worden toegekend. En wanneer hij dit recht heeft, is het onmogelijk dat hem dit recht wordt ontnomen door de houding van den gewaarborgde. De gewaarborgde kan slechts afzien van rechten, welke hem zelf toekomen, doch hij kan den waarborg niet het recht ontnemen zelfstandig in zijn eigen belang te appelleeren.

In de heerschende doctrine, volgens welke zoowel de waarborg als de gewaarborgde het recht hebben te appelleeren tegen den oorspronkelijken eischer, doet zich de vraag voor op welke wijze de appeltermijn tegen hen begint te loopen. Deze termijn loopt tegen ieder van hen eerst vanaf den dag, dat *hem* het vonnis wordt beteekend. De oorspronkelijke eischer moet dus, om dezen termijn te doen ingaan, het vonnis aan elk hunner beteekenen, en de beteekening aan één hunner doet den termijn ten opzichte van den ander niet ingaan.

Het zou natuurlijk zijn, schrijft GARSONNET, nu het recht van appel aan den waarborg en den gewaarborgde ieder afzonderlijk toekomt, volgens hetzelfde principe aan te nemen dat het door den één ingesteld hooger beroep niet verhindert, dat de vervaltermijn jegens den ander ingaat; maar de jurisprudentie heeft zich in anderen zin uitgesproken, en oordeelt, op grond van een ondeelbaarheid sui generis, dat het appel, door den waarborg tijdig ingesteld, het recht voor den gewaarborgde om te appelleeren doet behouden, en omgekeerd.<sup>3)</sup>

In de theorie van CHAUVEAU doet zich deze moeilijkheid natuurlijk niet voor, eenvoudig omdat hij aan den waarborg het recht ontzegt tegen den oorspronkelijken eischer te appelleeren.

Indien de gewaarborgde, ingeval van *garantie formelle*, buiten proces is gesteld, wordt hem niettemin het recht van hooger beroep toegekend, omdat hij geacht wordt door den waarborg te zijn vertegenwoordigd.<sup>4)</sup>

Voorts strekt het appel, dat door den waarborg is ingesteld, ten voor-

<sup>1)</sup> CARRÉ-CHAUVEAU IV qu. 1581 quater, I.

<sup>2)</sup> MERLIN Quest. in voce Acquiescement § 22; DALLOZ R.L. i.v. app. civ. nos. 572—574; GARSONNET-CÉZAR-BRU VI no. 138; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 870.

<sup>3)</sup> GARSONNET-CÉZAR-BRU VI no. 138; DALLOZ i.v. app. civ. nos. 598—599. Vgl. GLASSON-TISSIER-MOREL no. 870.

<sup>4)</sup> GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 870; anders CHAUVEAU, zie hierboven. Wij meenen hiervoor te kunnen verwijzen naar de aangehaalde literatuur, in het bijzonder GLASSON-TISSIER-MOREL no. 870.



deele van den gewaarborgde, ook als deze heeft berust, en omgekeerd. <sup>1)</sup>

GARSONNET vraagt zich ten slotte af, welke houding de oorspronkelijke eischer moet aannemen, wiens vordering is ontzegd. Ongetwijfeld moet hij appelleeren tegen den oorspronkelijken gedaagde. Eveneens vindt hij het zonder twijfel dat hij *kan* appelleeren tegen den waarborg, doch verplicht om den waarborg in het appel te betrekken acht hij hem niet, omdat de hoofdzaak en de vrijwaringszaak deelbaar zijn, en de uitspraak in de hoofdzaak kan worden vernietigd, terwijl de uitspraak in de vrijwaring in kracht van gewijsde gaat. De gewaarborgde kan in appel worden veroordeeld ten aanzien van den oorspronkelijken eischer, terwijl hij tegelijkertijd blijft bezwaard door het vonnis, waarbij zijn vordering tot vrijwaring werd afgewezen. Dit gaat den oorspronkelijken eischer niet aan, zoodat hij niet verplicht is den waarborg in het appel te betrekken. Het ligt dus op den weg van den oorspronkelijken verweerder den waarborg in het appel op te roepen, en dit zal hij alleen kunnen doen bij wijze van principaal appel, en niet door incidenteel te appelleeren, omdat dit laatste alleen mogelijk is tegen de partij, die principaal heeft geappelleerd. <sup>2)</sup>

Zonder ons verder in details te begeven meenen wij voldoende de groote lijnen van het Fransche stelsel te hebben weergegeven. Tevens hopen wij te hebben aangetoond dat de ontwikkeling in de Fransche rechtspraak op dit punt in een geheel andere richting is gegaan dan in Nederland, hoewel onze wetsbepalingen, welke de vrijwaringsprocedure regelen, nagenoeg letterlijk zijn vertaald uit den Franschen Code de Procédure Civile.

Zouden wij een oordeel moeten geven over de beide opvattingen, dan geven wij aan de Nederlandsche verre de voorkeur. Ongetwijfeld zal de Fransche opvatting in vele gevallen een soepeler toepassing van de appelregelen mogelijk maken, doch zoowel de beginselen, waarop zij is gebaseerd, als de gecompliceerde verhoudingen en tegenstrijdigheden, waartoe zij in de praktijk aanleiding geeft, achten wij verwerpelijk.

Hoewel de opvattingen van CHAUVÉAU in lijnrechten strijd zijn met de heerschende doctrine en jurisprudentie hebben wij gemeend deze betrekkelijk uitvoerig te moeten weergeven, omdat zij over het algemeen tot dezelfde resultaten voeren als in de Nederlandsche rechtspraak is tot uiting gekomen.

---

<sup>1)</sup> GLASSON-TISSIER-MOREL no. 870; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. nos. 309—310.

Zie voor een zeer sprekende beslissing omtrent deze bevooroordeeling DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. no. 597.

<sup>2)</sup> GARSONNET-CÉZAR-BRU VI n. 138; Vgl. GLASSON-TISSIER-MOREL no. 870.

## § 5. INTERVENTIE.

Al geeft het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geen omschrijving van de voeging en de tusschenkomst, art. 285 *noemt* althans deze beide rechtsinstituten. De Code de Procédure Civile spreekt alleen van *intervention* (artt. 339—341). Niettemin maakt men in de Fransche praktijk onderscheid tusschen de *intervention principale* of *agressive* — welke vrijwel overeenkomt met de bij ons algemeen aanvaarde opvatting over tusschenkomst — en de *intervention accessoire* of *conservatoire* — onze voeging.

Dat ingeval van *intervention principale* de tusschenkomende partij kan appelleren van het vonnis, en dat, wanneer deze gelijk heeft gekregen, het appel door de oorspronkelijke partijen tegen haar moet worden gericht, wordt niet betwist.

Ook ingeval van *intervention accessoire* nemen de jurisprudentie en de doctrine vrij algemeen aan dat de gevoegde partij in appel kan komen, <sup>1)</sup> doch eenige schrijvers ontzeggen haar dit recht. <sup>2)</sup>

## § 6. OBJECTIEVE CUMULATIE.

Waar men de opvatting huldigt dat een appel, ingesteld tegen een uitspraak betreffende een enkele vordering, kan beperkt worden tot een enkele van meerdere beslissingen in die zaak (zie hierna paragraaf 8), neemt men a fortiori aan dat, wanneer meerdere vorderingen tegelijkertijd bij één dagvaarding zijn ingesteld, het appel tot één dezer vorderingen kan worden beperkt, zoodat de andere aan het oordeel van den appelrechter is of zijn onttrokken.

Niet steeds is men het echter eens geweest over de kwestie, of, indien principaal alleen is geappelleerd van een der gecumuleerde vorderingen, de geïntimeerde incidenteel kan appelleren tegen de uitspraak omtrent een der andere vorderingen.

In het eerste begin van de vorige eeuw was deze vraag zeer betwist, zoowel in de jurisprudentie als in de doctrine. CARRÉ verdedigt uitvoerig de opvatting, dat de vorderingen streng gescheiden moeten worden, en beantwoordt de vraag ontkennend. Zijn betoog komt in het kort hierop neer: elke beslissing, welke het vonnis over de verschillende vorderingen bevat, moet worden beschouwd als een afzonderlijk vonnis: *tot capita, tot sententiae*. Uit het feit, dat de rechter over de verschillende vorderingen uitspraak heeft gedaan bij een enkele publieke akte, welke men een enkel vonnis noemt, mag niet de gevolgtrekking worden gemaakt dat hij hierdoor ondeelbaar maakt wat krachtens zijn natuur en in wezen deelbaar is. Het is hier als met een enkele akte, waarin dezelfde partijen een overeenkomst treffen omtrent meerdere zaken, welke onafhankelijk van elkaar

<sup>1)</sup> GLASSON-TISSIER-MOREL t. 2 nos. 246—247; t. 3 no. 870.

<sup>2)</sup> GLASSON-TISSIER-MOREL t. 2 no. 247; MOREL no. 369.

zijn. Elk der uitspraken, waarvan niet principaal is geappelleerd, verkrijgt na het verstrijken van den appeltermijn kracht van gewijsde.

Indien een der partijen aan haar tegenpartij het vonnis beteekent, beteekent zij in werkelijkheid verschillende vonnissen. Degene, die bij een van die vonnissen in het ongelijk is gesteld, kan daarvan binnen den wettelijken termijn principaal in appel gaan, en de andere kan incidenteel appelleren van dat in het appel betrokken vonnis, voorzooover zij daardoor is gegriefd, maar niet van de andere vonnissen, waarvan niet principaal is geappelleerd. Art. 443 C.Pr. veronderstelt, waar dit het incidenteel appel toelaat, dat er slechts van een enkel vonnis sprake is. <sup>1)</sup>

De tegenstanders van deze opvatting voeren als argument aan, dat een onderscheiding niet geoorloofd is, nu ook de wet niet onderscheidt, en dat ook de geest van de wet zich tegen deze onderscheiding verzet. De wet heeft aan de partij, die de wapens heeft neergelegd, nieuwe wapens willen geven voor het geval haar tegenstander opnieuw den strijd aanbindt. De geïntimeerde heeft willen berusten, maar nu zijn tegenstander wil voortgaan met de procedure moet hij ook hersteld worden in zijn rechten.

Sedert ongeveer 1820 is de opvatting van CARRÉ algemeen verworpen, zoowel door de jurisprudentie als door de doctrine. <sup>2)</sup> Zoo onbetwist schijnt de leer, dat de geïntimeerde incidenteel kan appelleren van de uitspraken omtrent de andere vorderingen, thans te zijn, dat zij in GLASSON-TISSIER-MOREL met één enkelen zin wordt afgehandeld, en men in GARSONNET-CEZAR-BRU in een noot moet zoeken, waar zij terloops wordt genoemd.

## § 7. INTERLOCUTOIR EN EINDVONNIS.

Vóór den Code de Procédure Civile werd aangenomen dat het appel, ingesteld tegen het eindvonnis, geacht werd tevens te zijn gericht tegen een voorafgaand interlocutoir vonnis. <sup>3)</sup> Deze opvatting heeft men na de invoering van den Code laten varen, waarbij vooral als argument wordt gebezigd dat de tekst van art. 451 C.Pr. (in hoofdzaak overeenkomende met den inhoud van de artt. 336 en 337 Rv.) een dergelijke opvatting niet toelaat. CHAUVEAU is nog eenigszins onzeker. Hij begint met voorop te stellen dat het eindvonnis als het ware een samenvatting is van de geheele procedure welke heeft plaats gehad, en dat de voorafgaande tusschenvonnissen één geheel uitmaken met het eindvonnis, waaruit hij de conclusie trekt dat, door het appel van het eindvonnis, het tusschenvonnis implicite aan het oordeel van den appelrechter wordt onder-

<sup>1)</sup> CARRÉ qu. 1574.

<sup>2)</sup> CARRÉ-CHAUVEAU qu. 1574; DALLOZ R.L. i.v. app. inc. nos. 31 v.v.; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. no. 658; GARSONNET-CÉZAR-BRU VI no. 28, note 19; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 913; MOREL no. 641, en biz. 658, noot 1.

<sup>3)</sup> DALLOZ R.L. i.v. app. civ. no. 1178.

worpen, tenminste voorzoover zijn inhoud nauw verbonden is met de hoofdzaak. Hij haalt echter de mededeeling van TALANDIER aan dat het *gebruikelijk* is uitdrukkelijk tegen beide vonnissen te appelleeren, en dat het *voorzichtig* is dit te doen. Voorts betoogt hij dat de tekst van de wet dezen raad schijnt te rechtvaardigen, en dat naar zijn meening het appel tegen het interlocutoir onmisbaar is om te bereiken dat de instructie wordt vernietigd.<sup>1)</sup>

In de latere jurisprudentie en doctrine wordt uitdrukkelijk aangenomen, dat het appel tegen het eindvonnis niet het daaraan voorafgaand interlocutoir vonnis omvat.<sup>2)</sup> Het appel betreft alleen het vonnis, waarvan uitdrukkelijk is geappelleerd. De partij, tegen welke twee vonnissen zijn gewezen, een interlocutoir en een eindvonnis, moet derhalve de gevolgen van het interlocutoir vonnis ondergaan indien zij alleen van het eindvonnis appelleert.

Hieruit volgt niet dat het, teneinde de vernietiging te verkrijgen van een eindvonnis, hetwelk is gebaseerd op de resultaten van een interlocutoir, noodzakelijk is mede van dat interlocutoir vonnis te appelleeren. Aan den regel *l'interlocutoire ne lie pas le juge* mag geen afbreuk worden gedaan. De eerste rechter mag een eindvonnis wijzen alsof hij geen getuigenverhoor, of een andere instructie, had gelast, en de appelrechter mag dit eveneens doen. Zoo kan de appelrechter het eindvonnis op andere gronden vernietigen, al ware dit gebaseerd op den uitslag van een bevolen getuigenverhoor, ook al was er niet van het interlocutoir vonnis geappelleerd.<sup>3)</sup>

Deze niet-gebondenheid geldt echter alleen voor beslissingen, welke zuiver interlocutoir zijn, doch niet voor z.g. eindbeslissingen (*des dispositions définitives*). Wat deze laatste betreft, deze verkrijgen kracht van gewijsde indien niet tijdig van het interlocutoir vonnis is geappelleerd, en de appelrechter is daaraan gebonden. Dit geldt bijvoorbeeld voor die beslissingen, waarbij over de al of niet toelating van een bewijsmiddel uitspraak is gedaan, en in het algemeen alle beslissingen omtrent betwiste punten.<sup>4)</sup>

Aangenomen wordt echter dat de appellant, indien de termijn daartoe nog niet is verstreken, zijn nalatigheid kan herstellen door een nieuw appel, gericht tegen het interlocutoir.<sup>5)</sup>

Over het algemeen neemt men aan dat het incidenteel appel slechts

<sup>1)</sup> CARRÉ-CHAUVEAU IV qu. 1616, VI.

<sup>2)</sup> DALLOZ R.L. i.v. app. civ. nos. 646, 662, 1177 en 1178; DALLOZ Suppl. 1887, i.v. a.c. no. 211; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. nos. 598—599; GARSONNET-CÉZAR-BRU VI n. 101; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 883.

<sup>3)</sup> DALLOZ R.L. i.v. app. civ. 1177; id. in voce jugemens d'avant dire droit no. 68; id. i.v. chose jugée nos. 44—47; DALLOZ Suppl. 1887 i.v. Chose jugée nos. 28—30; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. no. 599; GARSONNET-CÉZAR-BRU VI n. 101.

<sup>4)</sup> DALLOZ R.L. i.v. Chose jugée nos. 48—49; DALLOZ Suppl. 1887 i.v. chose jugée nos. 31—35; id. i.v. jug. d'avant dire droit no. 17.

<sup>5)</sup> GARSONNET-CÉZAR-BRU VI n. 101.

betrekking kan hebben op het vonnis, waarvan principaal is geappelleerd <sup>1)</sup>, waaruit zou volgen dat men niet incidenteel kan appelleren van het interlocutoir, indien principaal alleen van het eindvonnis is geappelleerd.

## § 8. AFBAKENING VAN HET GESCHIL.

Evenmin als het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering schrijft de Code de Procédure Civile voor, dat de appeldagvaarding moet vermelden op welke gronden men met het vonnis a quo niet tevreden is. De grieven worden eerst later voorgedragen (art. 462 C.Pr.).

Niettemin bestaat er wel eenig verschil tusschen *l'acte d'appel* en onze appeldagvaarding. Deze laatste is wel steeds in algemeene termen gesteld, en vermeldt alleen het vonnis of de vonnissen, waartegen men in beroep komt. In hoeverre men van dit vonnis in beroep komt moet blijken uit de memorie van grieven.

In Frankrijk schijnt het zwaartepunt dienaangaande echter te liggen in de appelakte. Algemeen vindt men vermeld, dat de omvang van het appel wordt bepaald door de bewoordingen, waarin de *appelakte* is gesteld. Schieten deze te kort, dan mag men deze niet aanvullen op grond van een veronderstelde bedoeling van partijen. De appelakte bepaalt of de devolutie algeheel of slechts gedeeltelijk is, en het is derhalve zaak dat de appelland, wil hij de uitspraak van den eersten rechter slechts voor een deel aan het oordeel van den appelrechter onderwerpen, dit in de appelakte duidelijk doet uitkomen. Wanneer de appelakte is gesteld in algemeene termen moet de appelrechter kennis nemen van alle twistpunten, welke in eerste instantie zijn opgeworpen. <sup>2)</sup> Niettemin vindt men ook beslist dat de omvang wordt bepaald door de appelakte en de verschillende conclusies van den appelland tezamen. <sup>3)</sup>

Als vaste regel wordt vooropgesteld, dat de appelrechter alleen een onderzoek mag instellen naar die punten, waarvan is geappelleerd. Is het appel ingesteld zonder beperking, dan moet hij alle twistpunten van eersten aanleg beoordeelen; is het appel beperkt, dan zijn de punten, waarvan niet is geappelleerd, aan zijn oordeel onttrokken. <sup>4)</sup> Zoo kan het appel beperkt worden uitsluitend tot de kostenveroordeeling, zoodat dan de hoofdzaak niet meer ter sprake komt, <sup>5)</sup> of omgekeerd, als alleen de hoofdzaak in het appel is betrokken, moet de kostenveroordeeling

<sup>1)</sup> CARRÉ qu. 1575; DALLOZ R.L. i.v. appel incident no. 125; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 913. Anders: MERLIN Quest i.v. appel incident § 10; PIGEAU II part. 4, tit. I, chap. 1, sect. 3 no. 3; CHAUVEAU sur CARRÉ qu. 1575.

<sup>2)</sup> DALLOZ R.L. i.v. app. civ. nos. 662, 663, 1168, 1184; DALLOZ Suppl. 1887 i.v. app. civ. no. 212; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. nos 577, 588; GARSONNET-CÉZAR-BRU VI n. 101; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 883.

<sup>3)</sup> DALLOZ R.L. i.v. app. civ. no. 1193; DALLOZ Suppl. 1887 i.v. app. civ. no. 206; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. nos. 589 en 591.

<sup>4)</sup> DALLOZ R.L. i.v. app. civ. nos. 1171 en 1172; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. nos. 589 v.v.; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 883.

<sup>5)</sup> DALLOZ R.L. app. civ. no. 1188; DALLOZ Suppl. 1887 i.v. app. civ. no. 207.

of kostencompensatie in stand blijven, ongeacht het lot van de hoofdzaak. <sup>1)</sup> Indien de eerste rechter zich bevoegd heeft verklaard, en tevens de hoofdzaak heeft beslist, mag de appelrechter, indien alleen de bevoegdheidsvraag in hooger beroep is opgeworpen, alleen deze kwestie beslissen, en moet hij de beslissing over de hoofdzaak buiten beschouwing laten. <sup>1)</sup>

Deze regel lijdt echter uitzondering ingeval van ondeelbaarheid, of als verschillende punten afhankelijk zijn van elkaar, zoodat men het eene niet kan aanvallen zonder dat het andere daaronder is begrepen. <sup>2)</sup> Als bijvoorbeeld de appellant in eerste instantie was veroordeeld tot betaling van een hoofdsom en de rente daarvan, en hij appelleert alleen van de veroordeeling betreffende de hoofdsom, dan zal, indien de appelrechter het aangevoerde bezwaar juist acht, door de vernietiging van de veroordeeling tot betaling van de hoofdsom ook de veroordeeling tot betaling van rente worden getroffen. <sup>3)</sup>

Dat de omvang van het appel wordt bepaald door de appelakte geldt natuurlijk alleen, indien er uitsluitend een principaal appel bestaat. Heeft de geïntimeerde incidenteel geappelleerd, dan wordt de omvang bepaald door het principaal en het incidenteel appel beide. Acht ook de geïntimeerde zich door het aangevallen vonnis bezwaard, dan zal hij daarvan geen verbetering kunnen verkrijgen indien hij niet incidenteel in appel komt. <sup>4)</sup> Indien de eischer de betaling eener hoofdsom met rente heeft gevorderd, de eerste rechter alleen de hoofdsom heeft toegewezen zonder rente, en de gedaagde komt hiertegen in appel, dan mag de appelrechter alleen over de hoofdsom oordeelen; wat betreft de ontzegging der rente, deze beslissing zal niet mogen worden vernietigd indien de oorspronkelijke eischer niet incidenteel appelleert. <sup>5)</sup> Op dezelfde wijze moet worden beslist indien de eischer 10000 frs. schadevergoeding heeft gevorderd, en de eerste rechter slechts 5000 frs. heeft toegewezen. Gaat de eischer in appel met de grief, dat hem een bedrag van 10000 frs. had moeten worden toegewezen, dan mag de appelrechter alleen beoordeelen of de beslissing, waarbij 5000 frs. waren toegewezen, moet worden gehandhaafd, of dat deze toewijzing moet worden verhoogd, maar zonder incidenteel appel mag hij de vordering niet geheel afwijzen, of beslissen dat minder dan 5000 frs. moet worden betaald. <sup>6)</sup> De opvatting komt hierop neer, dat zonder incidenteel appel de veroordeeling van den appellant niet kan worden verzwaard. <sup>7)</sup> Het vonnis mag echter gewijzigd worden, mits de veroordeeling

<sup>1)</sup> DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. no. 589.

<sup>2)</sup> DALLOZ R.L. i.v. app. civ. no. 1190; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. no. 590; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 883.

<sup>3)</sup> CUCHE no. 362.

<sup>4)</sup> DALLOZ R.L. i.v. appel incident no. 10; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. no. 674; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3. no. 912.

<sup>5)</sup> GARSONNET-CÉZAR-BRU VI n. 30.

<sup>6)</sup> DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. no. 592; Cass. Civ. 22 janv. 1935 D.H. 1935. 179; DALLOZ Suppl. 1938 i.v. app. en mat. civ. no. 592; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 883.

daardoor niet wordt verzwaard; in plaats van de veroordeeling tot betaling van een kapitaal mag bijvoorbeeld de veroordeeling tot betaling van een jaarrente worden gesteld. <sup>1)</sup>

Het is echter niet steeds noodig dat de geïntimeerde, teneinde wijziging te verkrijgen van het beroepen vonnis, incidenteel appelleert, en wel in het geval de geïntimeerde in eerste instantie meerdere verweermiddelen heeft voorgedragen, waarvan er slechts één is gegrond bevonden, terwijl de andere hetzij stilzwijgend zijn gepasseerd, hetzij uitdrukkelijk zijn verworpen. In dit geval wordt het niet noodig geoordeeld dat de geïntimeerde incidenteel appelleert om te bereiken, dat de appelrechter ook deze in eerste instantie gepasseerde of verworpen middelen onderzoekt, en aan zijn beslissing ten grondslag legt. Waarvan zou de geïntimeerde moeten appelleren, zoo betoogt men, nu hij heeft verkregen waartoe hij heeft geconcludeerd, op grond van welk middel dan ook? Om te kunnen appelleren moet hij zijn benadeeld, en dat is hij niet: hij heeft verkregen wat hij wenschte. <sup>2)</sup>

Een uitzondering op het beginsel, dat de geïntimeerde incidenteel moet appelleren teneinde te verkrijgen dat het vonnis te zijnen behoeve wordt verbeterd, ligt in het geval van hoofdelijkheid of ondeelbaarheid, wanneer de *consorten* van den betreffenden geïntimeerde incidenteel hebben geappelleerd: dit incidenteel appel wordt geacht ook te zijnen behoeve te strekken. <sup>3)</sup>

Vervolgens wordt er op gewezen dat, volgens de algemeene opvatting, het incidenteel appel niet afhankelijk is van het principale appel, in dien zin dat, wanneer het principale appel vervalt op grond van niet-ontvankelijkheid, nietigverklaring, of intrekking door den appellant, het incidenteel appel toch geldig blijft en effect sorteert. <sup>4)</sup>

Een bepaling als art. 48 Rv. komt in den Code de Procédure Civile niet voor. Niettemin wordt aangenomen dat de appelrechter de door den eersten rechter geconstateerde feiten anders kan qualificeeren dan deze had gedaan, <sup>5)</sup> doch het valt te betwijfelen of hieruit een algemeene bevoegdheid tot het aanvullen van rechtsgronden mag worden afgeleid.

Opgemerkt moge worden dat de strijdpunten, welke het onderscheid tusschen een *demande nouvelle* en een *moyen nouveau* opleverde, hun be-

<sup>1)</sup> DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. nos 593 en 594.

<sup>2)</sup> CARRÉ-CHAUVEAU qu. 1571 bis; DALLOZ R.L. i.v. appel incident nos. 14 v.v.; DALLOZ Suppl. 1887 i.v. appel civil no. 208; id. i.v. appel incident no. 3; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. nos. 677—680; GARSONNET-CÉZAR-BRU t. VI n. 30.

<sup>3)</sup> DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. no. 675.

<sup>4)</sup> CARRÉ-CHAUVEAU qu. 1580; DALLOZ R.L. i.v. app. incident nos. 50 v.v.; DALLOZ Suppl. 1887 i.v. appel incident nos 5—6; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. no. 661; GARSONNET-CÉZAR-BRU VI n. 26; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 915.

<sup>5)</sup> DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. no. 681.

teekenis grootendeels hebben verloren doordat art. 464 C.Pr. (verbod van een nieuwen eisch in hooger beroep) is gewijzigd door een decreet van 30 October 1935, waarbij werd bepaald: „ne pourra être considéré comme nouvelle la demande procédant directement de la demande originaire et tendant aux mêmes fins, bien que se fondant sur des causes ou des motifs différents.” Thans is het mogelijk, wanneer men in eerste instantie de nietigheid van een akte heeft opgeworpen op grond van een bepaalde oorzaak, in appel een andere oorzaak voor de nietigheid in te roepen. Thans kan men een actie tot schadevergoeding in appel baseeren op art. 1384 C.C. (ons art. 1403 B.W.), hoewel zij in eerste instantie was gegrond op de artt. 1382 en 1383 C.C. (onze artt. 1401 en 1402 B.W.), <sup>1)</sup> hetgeen voordien niet toelaatbaar was.

### § 9. GEWIJZIGDE OMSTANDIGHEDEN.

Dat ook volgens de Fransche opvatting de appelrechter rekening moet houden met gewijzigde omstandigheden kan worden opgemaakt uit deze beslissing van het Hof van Cassatie: <sup>2)</sup> que la cour d'appel, investie par l'effet dévolutif de l'appel de tout ce qui a été apprécié et jugé par le tribunal, a le devoir de se placer en face de l'état actuel des faits, alors même qu'ils sont survenus soit au cours de l'instance, soit depuis le jugement, si ces points n'ont modifié en rien la demande primitive, s'ils n'ont introduit dans l'instance aucun chef qui n'eut pas été soumis au tribunal, et ne pouvait être considéré comme un moyen nouveau.”

Zoo moet ook rekening worden gehouden met veranderingen in den staat of de kwaliteit der personen, die in eersten aanleg hebben geprocedeerd, <sup>3)</sup> en in de verandering van rechtsbetrekking van personen ten aanzien van de litigieuze zaak. Wij meenen hieromtrent te kunnen verwijzen naar hetgeen in paragraaf 3 te dien aanzien is opgemerkt.

### § 10. HET RECHT VAN EVOCATIE.

Het recht van evocatie is neergelegd in art. 473 C.Pr.:

„Lorsqu'il y aura appel d'un jugement interlocutoire, si le jugement est infirmé, et que la matière soit disposée à recevoir une décision définitive, les cours et autres tribunaux d'appel pourront statuer en même temps sur le fond définitivement, par un seul et même jugement.

Il en sera de même dans les cas où les cours ou autres tribunaux d'appel infirmeraient, soit pour vices de forme, soit pour toute autre cause, des jugements définitifs.”

<sup>1)</sup> MOREL Suppl. 1936.

<sup>2)</sup> Cass. Req. 4 août 1915, D.P. 1916.1.262.; DALLOZ Suppl. 1927 i.v. app. en mat. civ. no. 595, 2de.

<sup>3)</sup> DALLOZ R.L. i.v. appel civil nos. 767 v.v.



Men ziet dat de regeling in het Fransche recht beknopter, en deels ook vager, is dan die van de artt. 355—358 Rv. Vandaar dat deze tot meer twistpunten aanleiding geeft dan bij ons. Onze wettelijke regeling is in vele opzichten een verbetering van de Fransche. Het gaat buiten het bestek van dit geschrift hier uitvoerig op in te gaan. Wij bepalen ons tot de groote lijnen.

De beginselen zijn in beide wetgevingen gelijk: de partijen hebben recht op behandeling van hun geschil in twee instanties. In het algemeen zal dus de appelrechter, indien de eerste rechter de hoofdzaak nog niet heeft beslist, de zaak moeten terugwijzen.

Op dit beginsel nu geeft art. 473 C.Pr. een aantal uitzonderingen, door aan den appelrechter in bepaalde gevallen het recht van evocatie toe te kennen. Dit recht wordt tevens algemeen als een uitzondering op het adagium *tantum devolutum quantum appellatum* beschouwd.<sup>1)</sup>

Leest men dit artikel, dan vallen onmiddellijk twee dingen op: in de eerste plaats dat het recht van evocatie ook wordt toegekend bij vernietiging „des jugemens définitifs”, en in de tweede plaats, dat alleen wordt gesproken van interlocutoire-, maar niet van andere tusschenvonnissen.

Het zou vreemd zijn indien de wet aan den appelrechter afzonderlijk het recht zou toekennen een beslissing te geven over de hoofdzaak, indien is geappelleerd van een eindvonnis, waarbij de eerste rechter reeds een uitspraak over de hoofdzaak heeft gegeven. Immers, tengevolge van de devolutieve werking van het appel is de hoofdzaak reeds aan het oordeel van den appelrechter onderworpen.

Even vreemd zou het zijn, dat de appelrechter, bij vernietiging van een eindvonnis, waarin de eerste rechter de hoofdzaak reeds heeft beslist, de bevoegdheid had de zaak terug te wijzen naar den eersten rechter (het aan den appelrechter gegeven recht van evocatie is immers geen verplichting, maar een bevoegdheid). Door de devolutieve werking van het appel toch wordt de hoofdzaak aan het oordeel van den appelrechter onderworpen, en zijn taak en zijn plicht is het dan daarover zelf een beslissing te geven, doch hij kan niet de bevoegdheid hebben de zaak naar den rechter a quo, of een anderen rechter, ter beslissing te verwijzen.<sup>2)</sup>

De consequentie, welke de schrijvers en de jurisprudentie hieruit trekken, is dan ook dat met de woorden „jugemens définitifs” niet zijn bedoeld eindvonnissen, waarbij de eerste rechter de hoofdzaak reeds heeft beslist, doch alleen tusschenvonnissen, andere dan interlocutoire vonnissen, en eindvonnissen, waarbij de zaak wel is afgedaan, doch waarbij de hoofdzaak niet is beslist, bijvoorbeeld een niet-ontvankelijkverklaring, een vonnis, uitsluitend inhoudende de afwijzing van een aangeboden ge-

<sup>1)</sup> GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 909; GARSONNET-CÉZAR-BRU VI n. 104.

<sup>2)</sup> CARRÉ-CHAUVEAU t. IV qu. 1702, § 1, 2de; DALLOZ R.L. i.v. degrés de juridiction no. 533; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. no. 585; DALLOZ Suppl. 1927 en 1938 i.v. app. en mat. civ. no. 585; GARSONNET-CÉZAR-BRU VI n. 105; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 909.

tuigenbewijs, de nietigheid van de dagvaarding, een verval van instantie, enz. <sup>1)</sup> Overigens bestaat hierover geen volkomen eenstemmigheid.

Voor de evocatie is derhalve in de eerste plaats noodig dat de eerste rechter de zaak nog niet ten gronde heeft onderzocht. Bij appel tegelijkertijd van een interlocutoir en een eindvonnis is er dus geen sprake van evocatie, onverschillig of het interlocutoir vonnis wordt vernietigd of bevestigd: de appelrechter *moet* kennis nemen van de geheele zaak in vollen omvang. <sup>2)</sup>

Wanneer de appelrechter kennis neemt van een eindvonnis, waarin de hoofdzaak is beslist, en hij acht het noodig dat er, vóór hij zijn eindbeslissing geeft, nog een instructie wordt gehouden, dan kan hij deze vrijelijk gelasten, doch het staat hem niet vrij de zaak daartoe terug te wijzen naar den eersten rechter. <sup>3)</sup>

In de tweede plaats is noodig dat het vonnis a quo wordt „verbeterd” („infirmé”; het wetboek van Burg. Rv. spreekt van „vernietigd”). Bij bekrachtiging zal een terugwijzing moeten volgen, behalve in het geval dat daardoor de zaak is afgedaan, zooals bij de bevestiging van een niet-ontvankelijkverklaring.

Kunnen de partijen ook vorderen dat bij bekrachtiging de appelrechter de zaak verder ten principale afdoet? In onze wet wordt dit recht uitdrukkelijk aan de partijen toegekend, doch art. 473 zwijgt er over. Niettemin nemen doctrine en jurisprudentie aan dat dit recht aan partijen toekomt. <sup>4)</sup> De appelrechter neemt dan kennis van de hoofdzaak niet krachtens het recht van evocatie, maar van prorogatie.

De derde en vierde voorwaarden voor het recht van evocatie zijn, dat de zaak in staat van wijzen is, en dat de appelrechter, het beroepen vonnis vernietigend, ten gronde uitspraak doet bij een en hetzelfde vonnis. Een vonnis is in staat van wijzen, indien de partijen in eersten aanleg en appel ten gronde hebben geconcludeerd, en de instructie van de zaak voldoende blijkt te zijn. <sup>5)</sup>

Zou de appelrechter, een interlocutoir vonnis vernietigend, oordeelen dat een andere instructie noodig is (bijvoorbeeld een anders geformuleerd getuigenbewijs, een deskundigenrapport, enz.) dan mag hij de zaak niet aan zich houden, doch dan moet hij haar terugwijzen naar den eersten rechter (anders is dit, zooals reeds opgemerkt, indien de eerste rechter de zaak reeds ten gronde had onderzocht). Dit is dus hetzelfde systeem

<sup>1)</sup> DALLOZ i.v. degrés de juridiction no. 553; CARRÉ-CHAUVEAU qu. 1702 § 1 no. 2; GARSONNET-CÉZAR-BRU VI n. 105.

<sup>2)</sup> DALLOZ R.L. i.v. app. civ. no. 555; GARSONNET-CÉZAR-BRU VI n. 105.

<sup>3)</sup> DALLOZ R.L. degrés de juridiction nos. 557 en 560; vgl. ook GARSONNET-CÉZAR-BRU VI n. 105.

<sup>4)</sup> DALLOZ R.L. i.v. degrés de juridiction no. 543; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 909; MOREL no. 246.

<sup>5)</sup> Zie voor de gevallen dat de zaak wordt geacht in staat van wijzen te zijn GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 909.

als in onze wet is neergelegd ten aanzien van tusschenvonnissen (art. 356, 2de lid slot Rv.). Ten aanzien van interlocutoire vonnissen is in art. 356, 1ste lid Rv. deze voorwaarde niet gesteld, en is den appelrechter derhalve meer vrijheid gelaten.

Intusschen wordt in de praktijk aan deze voorwaarden afbreuk gedaan op de volgende wijze: de appelrechter, kennis nemende van een interlocutoir vonnis, laat zich vooralsnog over dit vonnis niet uit, doch, voordat hij daarover een oordeel geeft, wijst hij zelf een interlocutoir vonnis, waarbij bijvoorbeeld een getuigenverhoor wordt gelast. Na de getuigenverhooren wijst hij dan een eindvonnis, waarbij hij tegelijkertijd het beroepen interlocutoir vonnis vernietigt. Aan de letter van de wet is dan voldaan, immers bij een en hetzelfde vonnis wordt het beroepen interlocutoir vonnis vernietigd, en de zaak ten gronde beslist.

Volgens de Fransche schrijvers is deze handelwijze niet alleen niet met de letter, maar ook niet met den geest van de wet in strijd. <sup>1)</sup>

Bepalingen als de artt. 357 en 358 Rv. zijn in den Code de Procédure onbekend. Algemeen neemt men aan dat de appelrechter, die een vonnis vernietigt omdat de eerste rechter onbevoegd was van de zaak kennis te nemen, het recht van evocatie heeft, <sup>2)</sup> en dat hem dit recht eveneens toekomt indien hij een vonnis vernietigt, waarbij de eerste rechter zich ten onrechte onbevoegd had verklaard. <sup>3)</sup> Voor hiertoe gestelde vereischen, en nadere bijzonderheden, wordt verwezen naar de vindplaatsen, genoemd in de twee laatste noten <sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> CARRÉ-CHAUVEAU qu. 1702. § 1, 4de; DALLOZ R.L. i.v. degrés de juridiction no. 563; GARSONNET-CÉZAR-BRU VI n. 106; DALLOZ R.P. i.v. app. en mat. civ. no. 641.

<sup>2)</sup> DALLOZ R.L. i.v. degrés de juridiction nos. 602 v.v.; DALLOZ Suppl. 1887 i.v. degrés de juridiction nos. 211 v.v.; GARSONNET-CÉZAR-BRU VI n. 109; GLASSON-TISSIER-MOREL t. 3 no. 910. Anders: CARRÉ-CHAUVEAU qu. 1702, IV 1ste.

<sup>3)</sup> CARRÉ-CHAUVEAU qu. 1702 IV, 3de.

<sup>4)</sup> Het recht van evocatie, en de daarmee in verband staande kwesties, zijn zeer uitvoerig behandeld in DALLOZ R.L. in voce degrés de juridiction nos. 525—645.

### HOOFDSTUK III.

#### WETTELIJKE REGELING IN HET BUITENLAND.

Anders dan in Nederland en Frankrijk geven verschillende buitenlandsche wetten, welke van jongeren datum zijn, een regeling van verschillende kwesties, in dit geschrift behandeld. Al bepalen deze regelingen zich ook tot de hoofdlijnen, de wet geeft althans houvast.

Het lijkt ons wel van belang enkele van deze regelingen de revue te laten passeeren, teneinde een vergelijking mogelijk te maken tusschen de regels, welke in Nederland door de jurisprudentie zijn gevormd, en die, welke in sommige buitenlandsche wetgevingen zijn neergelegd. Uiteraard moeten wij ons hier beperken tot de grove lijnen. Alleen op de Duitse *Zivilprozessordnung*, welke eerst tien jaar geleden algeheel is herzien, en over ons onderwerp de meeste bepalingen bevat, zijn wij iets uitvoeriger ingegaan.

Opgemerkt moge worden dat wij de jurisprudentie in het geheel niet hebben onderzocht, en wij ons ook bij de raadpleging der doctrine de grootst mogelijke beperking hebben opgelegd.

#### A. D U I T S C H L A N D.

##### § 1. ALGEMEENE OPMERKINGEN.

Het Duitse burgerlijke procesrecht is geregeld in de *Zivilprozessordnung* van 1877; de laatste algeheele herziening dateert van 1933.

Behalve de *Berufung* (hooger beroep), en de *Revision* (ongeveer overeenkomende met onze cassatie; zie § 549 ZPO.), kent de *Zivilprozessordnung* nog een derde gewoon rechtsmiddel: de *Beschwerde* (§§ 567 vv. ZPO.), welke kan worden ingesteld tegen verschillende beslissingen van minder belang, hoofdzakelijk *Beschlüsse*,<sup>1)</sup> zooals de afwijzing van een verzoek om kosteloos te mogen procederen (§ 127 ZPO.); de veroordeeling van een opgeroepen, doch niet verschenen getuige tot betaling van kosten en van een geldboete (§ 380 ZPO.); id. ten aanzien van een deskundige (§ 409 ZPO.); afwijzing van een verzoek tot wraking van een

---

<sup>1)</sup> KLEINFELLER blz. 461; GAUPP-STEIN-JONAS II, Vorbemerkungen vor § 511, en vor § 567; ROSENBERG blzz. 466 en 506.

rechter (§ 46 ZPO.) of van een deskundige (§ 406 ZPO.); uitspraken in executiegeschillen (§ 793 ZPO.), en dergelijke.

De *Beschwerde* is steeds tegen een bepaalde beslissing gericht, zoodat de devolutieve werking er van weinig moeilijkheden kan opleveren.

Wat betreft de *Revision* geeft de ZPO. in § 559 een voorschrift omtrent de uitgestrektheid van het onderzoek.

Waar ons onderwerp uitsluitend het hooger beroep betreft zullen wij ons bepalen tot de *Berufung*.

In tegenstelling tot het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en den Code de Procédure Civile bevat de *Zivilprozessordnung* verschillende bepalingen tot vaststelling van den omvang van het geschil, waarvan de appelrechter moet kennis nemen. Wij zullen deze bepalingen, voorzoover zij van belang zijn, achtereenvolgens behandelen.

Alvorens hiertoe over te gaan zal het noodig zijn de verschillende rechterlijke beslissingen te noemen, welke de wet kent. De ZPO. maakt o.a. onderscheid tusschen *Verfügungen*, *Beschlüsse* en *Urteile*.<sup>1)</sup>

*Verfügungen* zijn in het algemeen beschikkingen van den President, een Rechter-commissaris of den *Einzelrichter*. Zij worden hier verder buiten beschouwing gelaten.

*Beschlüsse* zijn uitspraken, welke gedaan worden zonder voorafgaande mondelinge behandeling, of in de gevallen van facultatieve mondelinge behandeling. (Opgemerkt moge worden dat een van de beginselen van het Duitsche burgerlijke procesrecht is, dat de behandeling van den rechtsstrijd mondeling geschiedt; § 128 ZPO.).

*Urteile* zijn in den regel die uitspraken, welke op grond van een voorgeschreven mondelinge behandeling geschieden.

Op deze algemeene omschrijving komen zeer vele uitzonderingen voor, waarop hier verder niet wordt ingegaan.

Ofschoon deze onderscheiding in wezen zuiver formeel is, is zij in verschillende opzichten van zeer groot belang. De rechter, die de beslissing geeft, is in den regel aan zijn *Urteil* gebonden, doch aan zijn *Verfügungen* en *Beschlüsse* niet. Tegen *Urteile* staat, voorzoover zij niet bij uitzondering onaantastbaar zijn, in den regel het rechtsmiddel van *Berufung* open; tegen *Verfügungen* en *Beschlüsse* moet, voorzoover zij al aantastbaar zijn, worden opgekomen met de *Beschwerde*.

De *Urteile* op zich zelf kunnen wederom op verschillende wijzen worden onderscheiden. Voor ons is thans alleen van belang de onderscheiding tusschen *Endurteile*, *Zwischenurteile* en *Vorbehaltsurteile*.

*Endurteile* zijn die uitspraken, welke een beslissing geven over het geheele proces of een deel daarvan, en het rechtsgeschil definitief beslechten, doordat de vordering geheel of ten deele wordt toegewezen, niet-ontvankelijk wordt verklaard, of als ongegrond wordt afgewezen.

<sup>1)</sup> Vgl. SYDOW-BUSCH blz. 404 v.v.; GAUPP-STEIN-JONAS I ad § 300 II.

*Zwischenurteile* hebben betrekking op een tusschengeschil, dat voor be-rechting rijp is. Zij beslissen slechts een of meerdere afzonderlijke strijd-punten, zonder dat de ingestelde vordering geheel of gedeeltelijk wordt be-slist. Zij hebben in den regel betrekking op punten, welke de eindbeslissing voorbereiden.

Over het algemeen kan tegen *Zwischenurteile*, voorzooover zij niet on-aantastbaar zijn (§ 270 ZPO.), niet zelfstandig een rechtsmiddel worden ingesteld, doch slechts tezamen met het *Endurteil*. *Zwischenurteile* echter, welke een *prozeshindernde Einrede* afwijzen, of een voorafgaande be-slissing over een *Anspruchsgrund* geven, worden ten aanzien van het in-stellen van rechtsmiddelen als *Endurteile* beschouwd (§§ 275 en 304 ZPO.). (De *prozeshindernde Einreden* worden limitatief in § 274 ZPO. opge-gesond. O.a. vallen er onder de exceptie van onbevoegdheid, en van aan-hangig geschil. — Indien zoowel de grondslag van een vordering wordt be-streden als het gevorderde bedrag, kan de rechter in een tusschenvonnis eerst een beslissing geven over den grondslag; deze *Vorabentscheidung über den Anspruchsgrund* wordt ten aanzien van rechtsmiddelen als een *Endurteil* beschouwd.)

Door een *Vorbehaltsurteil* wordt een vordering toegewezen, en de ge-daagde veroordeeld tot een prestatie, doch onder voorbehoud. Dit ge-schiedt in het geval, dat de gedaagde een reconventioneele vordering heeft ingesteld, en zich heeft beroepen op compensatie van zijn schuld met zijn in reconventie ingestelde vordering. Is de conventioneele vordering eerder voor beslissing rijp dan de reconventioneele vordering, dan kan deze onder voorbehoud van de beslissing op de reconventie worden toegewezen. Het *Vorbehaltsurteil* wordt ten aanzien van het instellen van rechtsmiddelen met een *Endurteil* gelijk gesteld (§ 302 ZPO.).

De geïntimeerde kan incidenteel appel (*Anschlussberufung*) instellen: § 521 ZPO. Der Berufungsbeklagte kann sich der Berufung an-schlieszen, selbst wenn er auf die Berufung verzichtet hat oder wenn die Berufungsfrist verstrichen ist.

In het algemeen is het incidenteele appel afhankelijk van het princi-pale appel. Wordt het principale appel ingetrokken of niet-ontvankelijk verklaard, dan vervalt ook het incidenteele appel. Wanneer echter de geïntimeerde binnen den appeltermijn (één maand; deze termijn loopt vanaf de beteekening, doch uiterlijk vijf maanden na de uitspraak; § 516 ZPO.) incidenteel heeft geappelleerd, dan wordt dit incidenteel appel als een zelfstandig appel beschouwd:

§ 522 ZPO. Die Anschlieszung verliert ihre Wirkung, wenn die Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird.

Hat der Berufungsbeklagte innerhalb der Berufungsfrist sich der erhobenen Berufung angeschlossen, so wird es so angesehen, als habe er die Berufung selbständig eingelegt.

## § 2. CONVENTIE EN RECONVENTIE (*Klage und Widerklage*).

Het instellen van een reconventioneele vordering is niet onbeperkt toegelaten. Voorwaarde hiertoe is, ofwel dat de reconventioneele vordering in verband staat met de conventie, ofwel dat zij in verband staat met een tegen de conventionele vordering aangevoerd verweer (§ 33 ZPO).

Dit verband moet een rechtsverband zijn, hetgeen bijvoorbeeld het geval is indien de beide vorderingen voortspruiten uit eenzelfde rechtsverhouding. Een feitelijke samenhang is onvoldoende.<sup>1)</sup>

Verband met een verdedigingsmiddel is bijvoorbeeld aanwezig, wanneer in conventie de gedaagde zich op compensatie beroept, terwijl hij in reconventie de vordering instelt, op grond waarvan de compensatie wordt ingeroepen.

De rechter kan bepalen dat, wanneer er geen rechtsband bestaat tussen de conventie en de reconventie, deze in afzonderlijke processen zullen worden behandeld (§ 145 ZPO.).

Is de conventie eerder dan de reconventie rijp voor beslissing, of omgekeerd, dan moet hierover bij afzonderlijk vonnis uitspraak worden gedaan. Een dergelijke uitspraak heet *Teilurteil* (§ 301 ZPO.). Bij een *Teilurteil* kan de kostenveroordeeling worden aangehouden tot de einduitspraak.<sup>2)</sup>

Als de gedaagde een reconventioneele vordering, welke met de conventie geen verband houdt, instelt tot compensatie, dan kan over de conventionele vordering een *Vorbehaltsurteil* worden gegeven, hetwelk ten aanzien van de rechtsmiddelen als een *Endurteil* geldt. Het proces blijft verder lopen over de gevraagde compensatie (§ 302 ZPO).

Wordt over de conventie en de reconventie bij één vonnis beslist, dan is, indien alleen appel wordt ingesteld tegen de conventie, de beslissing over de reconventie niet aan het oordeel van den appelrechter onderworpen, en omgekeerd.<sup>3)</sup> Dit is het gevolg van de devolutieve werking van het appel (vergelijk hieronder paragraaf 10).

De geïntimeerde kan in dit geval, dat de beide vorderingen bij één vonnis zijn beslist, echter incidenteel appel instellen tegen de uitspraak omtrent de vordering, welke niet door het principaal appel werd getroffen.<sup>4)</sup> Het incidenteel appel moet zich weliswaar tegen hetzelfde *vonnis* richten, als waartegen het principale appel werd ingesteld, doch behoeft niet dezelfde *vordering* te betreffen.<sup>4)</sup>

Worden de beide vorderingen krachtens § 145 ZPO. in afzonderlijke processen behandeld, dan zal zich ten aanzien van den omvang van het appel geen moeilijkheid voordoen: in beide gesplitste zaken zal afzonderlijk moeten worden geappelleerd.

<sup>1)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 33, aant. 4; GAUPP-STEIN-JONAS I ad § 33 V.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 301 aant. 3.

<sup>3)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 537 aant. 1.

<sup>4)</sup> GAUPP-STEIN-JONAS II ad § 521, I 2; SYDOW-BUSCH ad § 521 aant. 1 en 2.

Is alleen geappelleerd van het voorafgaande vonnis, waarin b.v. de conventie werd beslist, in een *Teilurteil* dus (§ 301 ZPO.), dan is de beslissing, neergelegd in het eindvonnis, waarin over de reconventie werd beslist, niet aan het oordeel van den appelrechter onderworpen. Dit zou reeds hierom zoo zijn, omdat het appel tot de conventie is afgebakend, maar primair geldt hier de reden, dat de uitspraken in twee afzonderlijke vonnissen zijn neergelegd, en wel twee *Endurteile* (zie § 301 ZPO.), welke afzonderlijk voor appel vatbaar zijn, terwijl de appeltermijn ten aanzien van elk afzonderlijk loopt. <sup>1)</sup>

Dit heeft tevens tot gevolg dat, wanneer principaal alleen geappelleerd is van het eerste vonnis over de conventie, de geïntimeerde niet incidenteel kan appelleren tegen het tweede vonnis betreffende de reconventie. <sup>2)</sup> Incidenteel appel is alleen mogelijk tegen het vonnis (althans voorzoover het *Endurteile* geldt), waartegen principaal is geappelleerd. <sup>3)</sup>

Ditzelfde zal ook gelden indien over de conventionele vordering in een *Vorbehaltssurteil* uitspraak is gedaan.

### § 3. SUBJECTIEVE CUMULATIE (*subjektive Klagenhäufung; Streitgenossenschaft*).

Anders dan in de Fransche en in de Nederlandsche wet is in de *Zivilprozessordnung* uitdrukkelijk toegestaan dat meerdere personen in één dagvaarding als eischers optreden, of meerdere personen tegelijkertijd worden gedagvaard, ook zonder dat zij tezamen één procespartij vormen.

Onderscheid wordt daarbij gemaakt tusschen echte en onechte, en tusschen noodzakelijke en niet-noodzakelijke *Streitgenossenschaft*.

*Echte Streitgenossenschaft* heeft men, wanneer meerdere personen gemeenschappelijk dagvaarden, of worden gedagvaard, op grond dat er ten aanzien van het litigieuze object tusschen hen een rechtsgemeenschap bestaat, of wanneer zij uit eenzelfde feitelijken grond of een rechtsgrond tot een prestatie gerechtigd of verplicht zijn.

§ 59 ZPO. Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder wenn sie aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind.

De *Rechtsgemeinschaft* moet het litigieuze object betreffen. Deze bestaat o.a. bij medeëigendom; actieve en passieve hoofdelijkheid; in het geval dat meerderen het recht van wederinkoop hebben, of het voorkeursrecht bij koop (BGB. §§ 502, 513); gemeenschap van erfgenamen (BGB. §§ 2032, 2039). <sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> GAUPP-STEIN-JONAS ad § 537 I 1.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 521 aant. 1.

<sup>3)</sup> GAUPP-STEIN-JONAS II ad § 521, I 2.

<sup>4)</sup> GAUPP-STEIN-JONAS I ad § 59 II 1; SYDOW-BUSCH ad § 59 aant. 2.



Het tweede geval doet zich voor tusschen hoofdschuldenaar en borg. <sup>1)</sup>

Meerdere vertegenwoordigers van één partij, bijvoorbeeld de gezamenlijke executeurs-testamentair, zijn geen strijdgenooten, doch vormen te samen één procespartij. <sup>2)</sup>

Subjectieve cumulatie is ook toegelaten, indien meerdere personen dagvaarden of gedagvaard worden bij gelijksoortigheid van geschillen. Men spreekt dan van *unechte Streitgenossenschaft*.

§ 60 ZPO. Mehrere Personen können auch dann als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn gleichartige und auf einem im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden.

Hieronder vallen bijvoorbeeld de vorderingen van het kind en van de moeder tegen den natuurlijke vader op grond van de §§ 1708 en 1715 BGB., en de vorderingen tegen meerdere wisselschuldenaren. <sup>3)</sup>

Heeft er subjectieve cumulatie van vorderingen plaats gehad zonder dat een der voorwaarden van de §§ 59 en 60 is vervuld, dan heeft dit geen niet-ontvankelijkheid tengevolge, maar dan moeten de vorderingen krachtens § 145 gesplitst worden. <sup>4)</sup>

Belangrijker voor ons onderwerp is het onderscheid tusschen de *notwendige* en de *nicht notwendige* (*gewöhnliche*) *Streitgenossenschaft*.

De in § 62 bedoelde *Streitgenossenschaft* wordt met den algemeenen term *notwendig* aangeduid, hoewel deze in feite volstrekt niet steeds *notwendig* is. § 62 ZPO. stelt niet voorop, dat noodzakelijkerwijze alle strijdgenooten in het proces moeten worden betrokken, op straffe van niet-ontvankelijkheid. Wanneer dit wel het geval is — hetgeen inderdaad voorkomt — spruit zulks voort uit andere burgerrechtelijke of procesrechtelijke bepalingen.

§ 62 regelt niet in het algemeen, hoe de proceshandelingen der *Streitgenossen* in hun betrekking tot elkaar moeten worden beoordeeld, maar regelt alleen het in gebreke blijven ten opzichte van *Terminen und Fristen*. <sup>5)</sup>

*Notwendig* wordt de *Streitgenossenschaft* genoemd: 1. als de litigieuze rechtsverhouding tegenover alle strijdgenooten slechts op een en dezelfde wijze kan worden vastgesteld; 2. als de *Streitgenossenschaft* op een anderen grond noodzakelijk is (zie § 62 ZPO., hieronder aangehaald).

<sup>1)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 59 aant. 3; volgens GAUPP-STEIN-JONAS t.a.p. bestaat hier echter een *Rechtsgemeinschaft*.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 59 aant. 1.

<sup>3)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 60 aant. 1. Er worde op gewezen dat voor de verschillende gevallen, welke onder de §§ 59 of 60 vallen, geen volkomen eenstemigheid bestaat.

<sup>4)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 60 aant. 2.

<sup>5)</sup> GAUPP-STEIN-JONAS I ad § 62 I.

De rechtsverhouding kan slechts op een en dezelfde wijze worden vastgesteld wanneer het krachtens de natuur van de rechtsverhouding is uitgesloten, dat zij in het onderhavige geschil tegenover den eenen der consorten als bestaande, doch tegenover den ander als niet bestaande wordt aangemerkt, al zou het ook mogelijk zijn de vorderingen door middel van afzonderlijke processen geldend te maken.<sup>1)</sup> Met name valt hieronder het geval, dat tegenstrijdige beslissingen onoplosbare verwickelingen tengevolge zouden hebben.<sup>2)</sup> Uit het slot van deze omschrijving blijkt, dat het aanwezig zijn van een *notwendige Streitgenossenschaft* in dezen zin niet medebrengt, dat de vorderingen op straffe van niet-ontvankelijkheid door of tegen de strijdgenooten bij één dagvaarding moeten worden aanhangig gemaakt.

Dat de rechtsverhouding slechts op een en dezelfde wijze kan worden vastgesteld kan voortvloeien zoowel uit het burgerlijk-, als uit het procesrecht. Het behoeft geen betoog dat dit onderwerp tot een uitgebreide casuïstiek aanleiding heeft gegeven.

Een *notwendige Streitgenossenschaft* naar burgerlijk recht wordt o.a. aangenomen: als de echtheid van meerdere kinderen wordt bestreden, op grond dat de ouders niet gehuwd zouden zijn geweest; als de crediteur eener onverdeelde nalatenschap tegen de erfgenamen krachtens § 1990 BGB. de nalatenschap opvordert, teneinde door middel van executie te worden bevredigd; als de medeerfgenamen eener onverdeelde nalatenschap gezamenlijk een vordering instellen tot betaling van een in de nalatenschap vallende vordering, e.d.<sup>3)</sup>

Wat betreft de hoofdelijke en ondeelbare verbintenissen, zoo wordt in BGB. §§ 425, 429, 431 en 432 bepaald dat in het algemeen de rechtskracht tot den betreffenden deelgenoot wordt beperkt, zoodat daarvoor § 62 ZPO. is uitgesloten.<sup>4)</sup> Voorts zijn niet *notwendige Streitgenossen*: de hoofdschuldenaar en de borgen; meerdere medeborgen; meerdere door de ouders tot alimentatie gedagvaarde kinderen, enz.<sup>5)</sup>

Volgens het burgerlijk procesrecht doen o.a. *notwendige Streitgenossenschaft* ontstaan de *Interventionsklage* tegen crediteuren en debiteuren (§ 771 ZPO.); de vordering van meerdere pandcrediteuren tegen den derde-schuldenaar (§ 805 ZPO.); de betwisting van een verklaring van overlijden door meerderen (§ 976 ZPO.), enz.<sup>6)</sup>

Op andere gronden bestaat er een *notwendige Streitgenossenschaft* wanneer het, op straffe van afwijzing der vordering, noodzakelijk is dat

<sup>1)</sup> R.G. 60, 269; 64, 321; 96, 52; W. 13, 235; SYDOW-BUSCH ad § 62 aant. 2.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 62 aant. 1.

<sup>3)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 62 aant. 1. Voor meerdere gevallen zie aldaar, en GAUPP-STEIN-JONAS I ad § 62 II 1.

<sup>4)</sup> GAUPP-STEIN-JONAS I ad § 62 II 1.

<sup>5)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 62 aant. 3; voor meerdere gevallen zie aldaar, en l.c. aant. 1.

<sup>6)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 62 aant. 1; vgl. ook GAUPP-STEIN-JONAS I ad § 62 II 2.

alle betrokkenen tezamen als eischers optreden, of worden gedagvaard, bijvoorbeeld meerdere personen, die het recht van wederinkoop, of een koop-voorkeursrecht hebben (§§ 502, 513 BGB.); meerdere tot een aandeel gerechtigden (§ 225 HGB.); zoo moet de vordering tot nietigverklaring van een huwelijk tegen de beide echtelieden worden ingesteld.<sup>1)</sup>

Uit § 62 volgt niet dat tegen degenen, die „op een anderen grond” *notwendige Streitgenossen* zijn, de rechtsverhouding slechts op een en dezelfde wijze kan worden vastgesteld.<sup>2)</sup>

Bij de *nicht-notwendige Streitgenossenschaft* staan de strijdgenooten geheel zelfstandig tegenover de tegenpartij; de handelingen van den een kunnen niet ten voordeele of ten nadeele van den ander strekken:

§ 61 ZPO. Streitgenossen stehen, soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzes sich ein anderes ergibt, dem Gegner dergestalt als einzelne gegenüber, dass die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vorteile noch zum Nachteile gereichen.

Ingeval van *nicht-notwendige Streitgenossenschaft* moet ten behoeve van, en tegen ieder der consorten beslist worden, alsof hij alleen was opgetreden, of was gedagvaard. Ieder kan voor zichzelf een *Prozessbevollmächtigter* stellen, gronden en verweren aanvoeren, erkenningen doen, of verstek laten gaan, zoodat tegen hem een *Versäumnisurteil* wordt gewezen.

Het instellen van een rechtsmiddel door den een raakt den ander niet. Gaat de een in hooger beroep, dan mag de appelrechter alleen oordeelen over de uitspraak, voorzoover deze den appellant en zijn tegenpartij betreft. De uitspraak, voorzoover gewezen tegen de niet-appelleerende consorten, verkrijgt kracht van gewijsde, en wordt onaantastbaar.

Omgekeerd kan de tegenpartij, die het proces heeft verloren tegen alle of eenige der strijdgenooten, het appel beperken tot één van dezen.

Is één der strijdgenooten in appel gegaan, dan kan de geïntimeerde niet incidenteel appelleren tegen een der andere strijdgenooten.<sup>3)</sup>

Ten aanzien van ieder der strijdgenooten loopt de appeltermijn (§ 516 ZPO.) afzonderlijk. Is het beroepen vonnis slechts door één der strijdgenooten aan zijn tegenpartij beteekend, dan loopt de appeltermijn slechts tegen dezen, doch niet ten aanzien van de andere strijdgenooten, door of tegen wie het vonnis niet is beteekend.<sup>4)</sup>

Ten aanzien van de *notwendige Streitgenossenschaft* geldt een andere regeling:

<sup>1)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 62 aant. 2; GAUPP-STEIN-JONAS I ad § 62 III.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 62 aant. 2.

<sup>3)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 61 aant. 3; id. ad § 521 aant. 1; GAUPP-STEIN-JONAS ad § 61 I 3.

<sup>4)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 516 aant. 3.

§ 62 ZPO. Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.

Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.

Er bestaat een onweerlegbaar vermoeden van vertegenwoordiging, hetwelk ook die gevallen dekt, waarin vertegenwoordigingslast en vertegenwoordigingsmacht ontbreken.<sup>1)</sup>

De bepaling, dat de strijdgenooten bij de *notwendige Streitgenossenschaft* elkander vertegenwoordigen, geldt uitsluitend voor *Versäumung von Terminen und Fristen*. Het eerste geschiedt indien men, ondanks behoorlijke dagvaarding, in gebreke blijft op een terechtzitting te verschijnen, of aldaar te *verhandeln* (§ 333 ZPO.).

Ook hier kan ieder der strijdgenooten zelfstandig beteekenningen doen, gronden en verweermiddelen aanvoeren, afstand doen, erkenningen doen, enz.

Voorts geldt de vertegenwoordiging uitsluitend ten aanzien van zulke processuele handelingen, welke de vertegenwoordigde zelf had kunnen stellen. Het doet er echter niet toe, of de strijdgenoot, die een procesuele handeling stelt, daarbij ook de bedoeling had den ander te vertegenwoordigen.

Laat een der consorten verstek gaan, dan wordt hij door den verschijnende vertegenwoordigd, zoodat tegen hem geen verstekvonnis kan worden gewezen; tegen alle strijdgenooten wordt een contradictoir vonnis gewezen.<sup>2)</sup>

Bestaat er tusschen de verklaringen der consorten onderling tegenstrijdigheid, dan moet de rechter naar eigen inzicht beslissen (zie § 286 ZPO.).

Ook bij de *notwendige Streitgenossenschaft* begint door de beteekening van het vonnis aan den eenen strijdgenoot de appeltermijn niet tegen den anderen te loopen, omdat er hier geen vertegenwoordiging van den een door den ander plaats heeft, waarbij het onverschillig is of beiden in het gelijk of in het ongelijk zijn gesteld, of de beslissing ten aanzien van beiden verschillend is uitgevallen.<sup>3)</sup>

De tegenpartij van den strijdgenoot, die in hooger beroep is gekomen, kan niet incidenteel tegen den ander in beroep komen.<sup>4)</sup>

Is echter het vonnis aan alle strijdgenooten beteekend, en is een van hen tijdig in appel gekomen, dan worden de andere strijdgenooten, inzooverre zij hunnerzijds den appeltermijn hebben laten verlopen,

<sup>1)</sup> GAUPP-STEIN-JONAS I ad § 62 IV.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 62 aant. 4; GAUPP-STEIN-JONAS I ad § 62 IV.

<sup>3)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 516 aant. 3.

<sup>4)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 516 aant. 3; id. ad § 521 aant. 1.

door den appellant vertegenwoordigd, en moeten zij in de appelprocedure, ook als zij daarin niet optreden, zoo worden behandeld alsof zij eveneens in appel waren gekomen. Het ingestelde hooger beroep geldt ten aanzien van alle strijdgenooten, en de in appel te geven uitspraak is ook voor de anderen bindend, zelfs indien zij in de appelprocedure niet zijn opgetreden. <sup>1)</sup>

Is de tegenpartij in het ongelijk gesteld, en gaat deze in appel, dan moet hij tegen alle strijdgenooten tijdig appelleren, en wel tegen ieder hetzij binnen een maand na de door hem gedane beteekening, hetzij binnen zes maanden na de uitspraak; geschiedt dit niet, dan is het appel in zijn geheel niet-ontvankelijk. <sup>2)</sup>

§ 63 ZPO. Das Recht zur Betreibung des Prozesses steht jedem Streitgenossen zu; er musz, wenn er den Gegner zu einem Termine ladet, auch die übrigen Streitgenossen laden.

Het niet nakomen van dit voorschrift heeft voor de eerste instantie het gevolg, dat de behandeling wordt afgewezen.

Het verzuim van een der strijdgenooten, om zijn medestrijdgenooten met de tegenpartij in het appel te dagvaarden, heeft niet tengevolge dat het rechtsmiddel geheel teniet gaat, doch slechts dat de behandeling moet worden uitgesteld eventueel met de veroordeeling in de kosten van den nalatige ingevolge § 95 ZPO. Dit geldt ook dan, als de appellant uitdrukkelijk weigert de overige strijdgenooten mede te dagvaarden. De tegenpartij heeft het recht harerzijds de overige strijdgenooten te dagvaarden.

De *notwendige Streitgenossen* moeten ook dan mede worden opgeroepen, als zij voor zich zelf den appeltermijn hebben laten verlopen, een ingesteld appel hebben teruggenomen, of uitdrukkelijk afstand hebben gedaan van appel. <sup>3)</sup>

Ook bij de *Streitgenossenschaft* kan de rechter bevelen dat de verschillende vorderingen in afzonderlijke processen zullen worden behandeld (§ 145 ZPO.), en dat, wanneer één der vorderingen vóór de andere rijp is voor een beslissing, hierover in een *Endurteil* uitspraak wordt gedaan.

§ 300 ZPO. Ist der Rechtsstreit zur Ententscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurteil zu erlassen.

Dasselbe gilt, wenn vor mehreren zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbundenen Prozessen nur der eine zur Endentscheidung reif ist.

Dit *Endurteil* is een *Vollendurteil* (niet een *Teilurteil* volgens § 301 ZPO.), waarbij de verliezende partij in de kosten moet worden veroordeeld. <sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 516 aant. 3; GAUPP-STEIN-JONAS I ad § 62 IV 1.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 516 aant. 3.

<sup>3)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 63 aant. 3.

<sup>4)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 300 aant. 3.

Is over een der vorderingen bij afzonderlijk vonnis beslist, dan kan een ingesteld appel vanzelfsprekend slechts betrekking hebben op het vonnis, waartegen is geappelleerd, en zijn de geschillen betreffende de andere strijdgenooten, waarover geen beslissing is gegeven, of welke in een of meer andere *Endurteile* zijn neergelegd, niet aan het oordeel van den appelrechter onderworpen.

#### § 4. OBJECTIEVE CUMULATIE (*objektive Klagenhäufung*).

Ook de objectieve cumulatie is uitdrukkelijk in de wet voorzien:

§ 260 ZPO. Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Verklagten können, auch wenn sie auf verschiedenen Gründen beruhen, in einer Klage verbunden werden, wenn für sämtliche Ansprüche das Prozeszgericht zuständig und dieselbe Prozeszart zulässig ist.

Het gevolg van de objectieve cumulatie is, dat de verschillende vorderingen gezamenlijk worden behandeld en beslist, doch zij behouden hun zelfstandigheid. <sup>1)</sup> Zij kunnen door den rechter worden gesplitst (§ 145 ZPO.), of afzonderlijk worden berecht in een *Teilurteil* (§ 301 ZPO.).

Wordt over de vorderingen in één vonnis uitspraak gedaan, dan kan de appellant zijn appel uitstrekken over alle vorderingen, ofwel dit beperken tot één of meer der vorderingen, <sup>2)</sup> doch in ieder geval heeft de tegenpartij dan het recht incidenteel te appelleren tegen de uitspraak omtrent alle vorderingen, omdat het incidenteel appel zich kan richten tegen het *vonnis*, waarvan principaal is geappelleerd, onverschillig of hierin één of meerdere vorderingen zijn beslecht. <sup>3)</sup>

Zijn de uitspraken echter krachtens de §§ 145 of 301 ZPO. gesplitst, dan is het appel beperkt tot de vordering, welke in het aangevallen vonnis is berecht, en kan het incidenteel appel ook slechts tegen die vordering worden ingesteld.

#### § 5. ALTERNATIEVE VORDERINGEN (*Eventualklagenhäufung*).

De mogelijkheid om alternatieve vorderingen in te stellen wordt wel bestreden, doch op practische gronden door de jurisprudentie aanvaard, zelfs wanneer de primaire en de subsidiaire vorderingen (*Hauptanspruch* en *Eventualanspruch*) zijn gegrond op onderscheiden, elkaar uitsluitende feiten.

Het instellen van alternatieve *vorderingen* wordt onderscheiden van het instellen van één vordering op alternatieve *grondslagen*.

De vraag doet zich voor of, indien de eerste rechter de principale vordering heeft toegewezen, en de appelrechter deze ongegrond acht, hij

<sup>1)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 260 aant. 3.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 537 aant. 1.

<sup>3)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 521 aant. 1.

dan over de subsidiaire vordering een beslissing mag geven. Hierbij wordt de volgende onderscheiding gemaakt: <sup>1)</sup>

a. Beide vorderingen zijn gegrond op dezelfde feiten, doch omdat deze tot onderscheiden rechtsgevolgen kunnen leiden heeft de eischer deze alternatief voorgesteld. Primair wordt bijvoorbeeld gevorderd het wegnemen van storingen, welke van een naburig erf uitgaan, en subsidiair het opstellen van inrichtingen, welke de storing doen ophouden. In feite wordt dit beschouwd als één vordering, welke op verschillende wijzen is ingesteld. Men trekt daaruit de conclusie dat, wanneer de appelrechter de primaire vordering ongegrond acht, hij de subsidiaire moet onderzoeken.

b. De beide vorderingen zijn op verschillende feiten gebaseerd, en vormen twee vorderingen, welke geen enkelen samenhang vertoonen, en geheel zelfstandig naast elkaar kunnen staan. Het gaat dan over meerdere vorderingen, waarvan de subsidiaire willekeurig processueel afhankelijk is gemaakt van de primaire in dien zin, dat er slechts over beslist mag worden indien de eerste niet zou worden toegekend. Op dezen grond neemt men aan dat de appelrechter niet van de subsidiaire vordering mag kennis nemen, omdat dan een instantie zou worden overgeslagen.

Zou in dit geval omgekeerd de subsidiaire vordering zijn toegewezen, dan houdt deze beslissing in dat de primaire is afgewezen. Het beroep van de beslissing omtrent de subsidiaire omvat dan ook de primaire vordering. <sup>2)</sup>

c. De beide vorderingen zijn gegrond op verschillende feiten maar deze sluiten elkaar uit in dien zin, dat slechts één dezer feiten in werkelijkheid kan bestaan, bijvoorbeeld indien de primaire vordering tot strekking heeft dat een vennootschap zal worden nietig verklaard, terwijl de subsidiaire strekt tot opheffing van de vennootschap. Wijst de eerste rechter de primaire vordering toe, dan volgt daaruit dat hij de subsidiaire vordering ongegrond acht, zoodat deze als afgewezen moet worden beschouwd. Daaruit wordt de gevolgtrekking gemaakt, dat de appelrechter, indien hij de primaire vordering ongegrond acht, over de subsidiaire vordering moet oordeelen.

In de gevallen, genoemd onder a. en c., is het niet noodig dat de geïntimeerde incidenteel appelleert. Door zijn conclusie tot afwijzing van het appel wordt tot uitdrukking gebracht (tenzij het tegendeel blijkt), dat hij persisteert bij al hetgeen hij in eerste instantie heeft aangevoerd, dus ook bij zijn subsidiaire vordering.

## § 6. VOEGING (*Verbindung von Prozessen*).

De rechter kan bevelen dat verschillende processen, welke bij hem aanhangig zijn tusschen dezelfde of tusschen verschillende partijen,

<sup>1)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 537 aant. 1; vgl. ook GAUPP-STEIN-JONAS ad § 537 I 1.

<sup>2)</sup> GAUPP-STEIN-JONAS ad § 537 I. 1

worden gevoegd op grond van connexiteit, of wanneer de vorderingen hadden kunnen worden gecumuleerd.

§ 147 ZPO. Das Gericht kann die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in rechtlichem Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können.

Betreft het dezelfde partijen, dan ontstaat na de voeging een objectieve cumulatie; betreft het verschillende partijen, dan ontstaat er na de voeging *Streitgenossenschaft*.<sup>1)</sup>

Voor de gevolgen hiervan ten aanzien van den omvang van het appel wordt verwezen naar de paragrafen 3 en 4 hierboven.

## § 7. TUSSCHENKOMST EN VOEGING (*Hauptintervention und Nebenintervention*).

### a. *Hauptintervention*.

§ 64 ZPO. Wer die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder teilweise für sich in Anspruch nimmt, ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreits berechtigt, seinen Anspruch durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage bei demjenigen Gerichte geltend zu machen, vor welchem der Rechtsstreit in erster Instanz anhängig wurde.

§ 65 ZPO. Der Hauptprozess kann auf Antrag einer Partei bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptintervention ausgesetzt werden.

Tenzij tengevolge § 147 ZPO. de beide processen worden gevoegd loopen deze zelfstandig naast elkaar. De *Hauptintervenient* wordt geen partij in de hoofdzaak.<sup>2)</sup> Er bestaat strijd over of de beslissing in het eene proces rechtskracht heeft in het andere. Volgens JONAS is dit niet het geval, en bestaat er geen verplichting dat in het eene proces een gelijke beslissing wordt genomen als in het andere.<sup>3)</sup>

In de interventie worden de oorspronkelijke partijen strijdgenooten. Van de omstandigheden hangt af of zij *notwendige* of *nicht-notwendige Streitgenossen* zijn.<sup>4)</sup>

De omvang van het appel, wat betreft de interventie en ten aanzien van de subjecten van het geschil, moet derhalve worden bepaald alsof

<sup>1)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 147 aant. 3.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 65 aant. 1.

<sup>3)</sup> Aldus GAUPP-STEIN-JONAS ad § 64 IV, 5, die echter toegeeft dat de meeste schrijvers in anderen zin oordeelen.

<sup>4)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 64 aant. 3; GAUPP-STEIN-JONAS I ad § 64 IV 1.



er subjectieve cumulatie had plaats gehad. Verwezen wordt dienaangaande naar paragraaf 3 van dit hoofdstuk.

In de hoofdzaak doen zich ten gevolge van de interventie geen verwikkelingen voor. De *Hauptintervenient* is in de hoofdzaak geen partij, en kan daarin derhalve ook niet appelleren.

### *b. Nebenintervention.*

De *Nebenintervention* kan ambtshalve worden afgewezen of niet-ontvankelijk verklaard indien niet voldaan is aan de voorschriften, welke ambtshalve moeten worden onderzocht,<sup>1)</sup> maar in het algemeen kan afwijzing slechts geschieden op vordering van één der partijen (§ 71 abs. 2; vgl. § 577 ZPO.).

De voorwaarden voor het optreden als *Nebenintervenient* zijn neergelegd in § 66:

§ 66 ZPO. Wer ein rechtliches Interesse daran hat, dasz in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten.

Die Nebenintervention kann in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung desselben, auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen.

Wat de rechtspositie van den *Nebenintervenient* betreft, deze is niet procespartij, noch vertegenwoordiger van de hoofdpartij, maar haar helper; zij treedt echter op krachtens eigen recht, met het gevolg, dat zijn processuele handelingen dezelfde werking hebben alsof zij door de hoofdpartij waren gesteld,<sup>2)</sup> met inachtneming echter van de bepalingen van § 67:

§ 67 ZPO. Der Nebenintervenient musz den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in welcher sich dieser zur Zeit seines Beitritts befindet; er ist berechtigt, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozeszhandlungen wirksam vorzunehmen, insoweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen.

De *Nebenintervenient* is *geen partij* in het proces, doch hij is in het algemeen bevoegd dezelfde processuele handelingen te stellen als de hoofdpartij. Dientengevolge kan hij ook namens de hoofdpartij in hooger beroep gaan, ook wanneer deze het zelf niet doet, zonder dat een uitdrukkelijke verklaring noodig is, dat hij appel instelt namens de hoofdpartij; dit is echter slechts mogelijk zoolang de appeltermijn voor de hoofdpartij loopende is. De hoofdpartij wordt, ook als zij zelf in de appelprocedure niet optreedt, toch beschouwd als treedt zij zelf daarin op. Heeft echter alleen de *Nebenintervenient* het appel ingesteld, en wordt dit

<sup>1)</sup> Vgl. SYDOW-BUSCH ad § 70 aant. 1, en ad § 71 aant. 1.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 66 aant. 3; GAUPP-STEIN-JONAS I ad § 67 I.

afgewezen, dan wordt hij in de proceskosten veroordeeld. Zijn zoowel de oorspronkelijke eischer als de *Nebenintervenient*, die zich bij hem heeft gevoegd, in hooger beroep gekomen, en trekt de eerste dit beroep in, dan blijft het door den *Nebenintervenient* ingestelde appel niettemin doorloopen, tenzij blijkt dat de oorspronkelijke eischer zijn vordering heeft willen intrekken (vgl. § 306 ZPO.). Beteekent de *Nebenintervenient* het vonnis, dat ten gunste van de partij, waarbij hij zich heeft gevoegd, is uitgevallen, dan begint de appeltermijn te loopen. Heeft alleen de *Nebenintervenient* geappelleerd, dan kan toch de tegenpartij incidenteel appelleren tegen de door den *Nebenintervenient* vertegenwoordigde hoofdpartij. <sup>1)</sup>

Door de tegenpartij, welke het proces heeft verloren, moet het appel worden ingesteld tegen haar eigenlijken tegenstander, de hoofdpartij, doch de *Nebenintervenient* moet bij de behandeling worden opgeroepen (§ 71 ZPO. abs. 3). Geschiedt dit niet, dan kan het beroepen vonnis niet vernietigd worden. <sup>2)</sup>

De handelingen van den *Nebenintervenient* mogen echter niet in tegenpraak zijn met die van de hoofdpartij: heeft deze laatste bijvoorbeeld een dading gesloten, of uitdrukkelijk afstand gedaan van appel, dan kan de *Nebenintervenient* niet meer in hooger beroep komen. <sup>3)</sup>

De *Nebenintervenient* kan in sommige gevallen als *Streitgenosse* worden beschouwd:

§ 69 ZPO. Insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes die Rechtskraft der in dem Hauptprozesz erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, gilt der Nebenintervenient im Sinne des § 61 als Streitgenosse der Hauptpartei.

Hiermede worden bedoeld de gevallen, waarin volgens wettelijke voorschriften het vonnis rechtskracht heeft ook tegen anderen dan de partijen (bijvoorbeeld §§ 1011, 1407, 2039, 2112 BGB.) <sup>4)</sup>.

In dit geval heeft de *Nebenintervenient* een onafhankelijker rechtspositie dan de gewone *Nebenintervenient*, en kan hij ook proceshandelingen stellen welke in strijd zijn met die van de hoofdpartij. Ook in dit geval wordt hij echter niet *partij*, dus ook geen werkelijke strijdgenoot, maar hij steunt slechts de hoofdpartij, en kan dus helpen om het proces te winnen, doch hij kan niet iets voor zich zelf bedingen. Ten aanzien van het appel gelden derhalve in hoofdzaak dezelfde bepalingen als bij de gewone voeging. <sup>5)</sup>

<sup>1)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 67 aant. 2.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 67 aant. 2; id. ad § 71 aant. 5.

<sup>3)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 67 aant. 3; GAUPP-STEIN-JONAS ad § 67 II 5.

<sup>4)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 69, aant. 1.

<sup>5)</sup> Vgl. hierover nader SYDOW-BUSCH ad § 69 aant. 2 en 3.

§ 8. VRIJWARING (*Streitverkündung*).*a. Gewone vrijwaring.*

Wanneer een derde in vrijwaring wordt opgeroepen wordt over de vraag, of de opgeroepene tot vrijwaring verplicht is, niet tegelijk met de hoofdzaak beslist, doch dit geschiedt eerst wanneer degene, die in vrijwaring heeft opgeroepen, in de hoofdzaak in het ongelijk wordt gesteld, en wel in een tweede procedure.<sup>1)</sup> In deze vrijwaringsprocedure zijn dus uitsluitend de gevrijwaarde en de waarborg partij. Appel hiervan kan dus alleen door of tegen een van deze beiden worden ingesteld.

Wat de hoofdzaak betreft, degene, die in vrijwaring wordt opgeroepen, kan zich hierin voegen. Zijn verhouding tot de oorspronkelijke partijen wordt bepaald naar de voorschriften betreffende de *Nebenintervention* (§ 74 ZPO.). De waarborg wordt in de hoofdzaak dan *Nebenintervenient*. Voor wat betreft de gevolgen hiervan voor den omvang van het appel wordt verwezen naar de vorige paragraaf.

Weigert de waarborg tot de hoofdzaak toe te treden, of uit hij zich hierover in het geheel niet, dan wordt de procedure voortgezet zonder dat met hem wordt rekening gehouden (§ 74 ZPO.). In de hoofdzaak zijn en blijven alleen de oorspronkelijke eischer en gedaagde partij.

*b. Streitverkündung an Gläubigerrecht Beanspruchende.*

Als de gedaagde schuldenaar een derde, die pretendeert gerechtigd te zijn tot de ingestelde vordering, in vrijwaring oproept, kan de gedaagde, die het gevorderde bedrag deponeert en daarvan afstand doet, vorderen dat hij buiten het geding wordt gesteld. De procedure wordt dan voortgezet tusschen de beide twistende schuldeischers. Aan dengene van beiden, die in het gelijk wordt gesteld, wordt het gedeponeerde bedrag toegewezen (§ 75 ZPO.).

De in vrijwaring opgeroepene, die tot het proces toetreedt, wordt *Hauptintervenient*<sup>2)</sup>. Welke gevolgen dit heeft voor den omvang van het appel is uiteengezet in de vorige paragraaf.

In het te wijzen eindvonnis wordt tevens uitspraak gedaan over alle proceskosten, ook over die welke ten laste van den uit het geding getreden gedaagde komen, voorzoover deze niet reeds zijn vastgesteld in het *Endurteil*, waarbij diens uittreden werd toegelaten. Hoewel de gedaagde dus uit het proces is getreden blijft hij met betrekking tot de kosten nog partij. Tegen deze beslissing over de kosten kan hij echter niet het rechtsmiddel van hooger beroep, doch slechts de *Beschwerde* instellen (§ 99 ZPO.).<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> Vgl. SYDOW-BUSCH ad § 74 aantt. 2 en 3.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 75 aant. 1.

<sup>3)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 75 aant. 7.

c. *Urheberbenennung.*

Als iemand wordt gedagvaard als bezitter van een zaak, waarvan hij, naar hij beweert, houder is krachtens een rechtsverhouding tot een ander (bijvoorbeeld gebruik, huur, pacht, bewaring enz.; § 868 BGB.), dan kan hij dien ander (*mittelbarer Besitzer*) in vrijwaring oproepen (§ 76, abs. 1 ZPO.).

Betwist de in vrijwaring opgeroepene de bewering van den gedaagde, of laat hij zich hierover niet uit, dan is de gedaagde gerechtigd aan de ingestelde vordering te voldoen (§ 76, abs. 2). Wordt bijvoorbeeld de eigendom der zaak opgevorderd, dan kan de gedaagde de zaak afgeven zonder verder verantwoordelijk te zijn jegens den door hem aangewezen *mittelbaren Besitzer*. Maakt de gedaagde van dit recht geen gebruik, dan wordt het proces tegen hem voortgezet. <sup>1)</sup>

Wordt de bewering van den gedaagde als juist erkend door den opgeroepene, dan kan hij met toestemming van den gedaagde het proces in diens plaats overnemen. De gedaagde kan dan vorderen dat hij van de vordering wordt ontheven. De te geven beslissing is echter ook tegen hem (*den mittelbaren Besitzer*) uitvoerbaar (§ 76, abs. 3 en 4).

Door de procesovername wordt de opgeroepene procesopvolger van den gedaagde, dus partij, met alle gevolgen van dien ten aanzien van het appel.

Neemt hij het proces niet over, dan kan hij niettemin vorderen zich te mogen voegen. Hij wordt dan *Nebenintervenient*. <sup>2)</sup>

Wordt de gedaagde van de vordering ontheven, dan geschiedt dit bij *Endurteil*, aantastbaar met het rechtsmiddel van hooger beroep. Wordt zijn verzoek, om ontslagen te worden, afgewezen, dan gebeurt dit bij *Zwischenurteil*, waartegen geen rechtsmiddel openstaat. <sup>3)</sup>

## § 9. TUSSCHENVONNIS EN EINDUITSPRAAK.

In het algemeen is het niet mogelijk afzonderlijk te appelleeren van tusschenvonnissen:

§ 511. Die Berufung findet gegen die in erster Instanz erlassenen Endurteile statt.

Onder *Endurteile* worden echter, ten aanzien van het aanwenden van rechtsmiddelen, niet alleen begrepen die vonnissen, welke aan het geheele geschil, of een deel daarvan, een einde maken — eindvonnissen, einduitspraken — maar ook, zooals reeds in paragraaf 1 is opgemerkt, sommige *Zwischenurteile*, en de *Vorbehaltsurteile*. Voor het onderscheid tusschen *Endurteile*, *Zwischenurteile* en *Vorbehaltsurteile* wordt verwezen naar paragraaf 1.

<sup>1)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 76 aant. 4b.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 76 aant. 5.

<sup>3)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 76 aant. 6.

Behalve de *Endurteile* — waartoe ook behooren de *Teilurteile* (§ 301 ZPO.) — zijn derhalve afzonderlijk vatbaar voor hooger beroep de *Zwischenurteile über prozeshindernde Einreden* (§ 275 ZPO.); *Zwischenurteile über den Grund des Anspruchs* (§ 304 ZPO.) en *Vorbehaltsurteile* (§§ 302 en 599 ZPO.). <sup>1)</sup>

Andere tusschenvonnissen worden echter in het algemeen door het hooger beroep getroffen wanneer wordt geappelleerd van het eindvonnis:

§ 512 ZPO. Der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegen auch diejenigen Entscheidungen, welche dem *Endurteile* vorausgegangen sind, sofern nicht dieselben nach den Vorschriften dieses Gesetzes unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind.

Deze voorafgaande beslissingen, welke onder het appel van het eindvonnis vallen, zijn in het bijzonder onze interlocutoire vonnissen (*Beweisbeschlüsse*, § 359 ZPO.); vonnissen, waarbij de voeging van meerdere processen wordt bevolen (*Verbindungsbeschlüsse*, § 147 ZPO.) en *Zwischenurteile über einen Zwischenstreit* (§ 303 ZPO.), waaronder verstaan worden processuele twistpunten, welke zich in den loop der procedure tusschen de partijen voordoen, en niet onmiddellijk de vordering zelf betreffen, zooals de verplichting om een akte over te leggen (§§ 422, 423 ZPO.); de herroeping eener bekentenis (§ 290); de echtheid van geschriften (§§ 440 v.v. ZPO.); de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen, enz.

Door het beroep tegen het eindvonnis worden ook de voorafgegane tusschenvonnissen bestreken, zonder dat binnen den beroepstermijn uitdrukkelijk behoeft te worden verklaard dat het appel ook die tusschenvonnissen geldt.

Niet onder het appel tegen het eindvonnis vallen die voorafgaande beslissingen, hierboven genoemd, welke met betrekking tot het instellen van rechtsmiddelen als *Endurteile* worden beschouwd, en derhalve zelfstandig door een afzonderlijk appel kunnen worden aangevallen. <sup>2)</sup>

Voorzover de voorafgaande beslissingen onaantastbaar zijn, of slechts met de *Beschwerde* kunnen worden aangevochten, is de appelrechter daaraan gebonden. <sup>3)</sup>

De *Zivilprozessordnung* kent een groot aantal beslissingen, welke onaantastbaar zijn. Enkele hiervan zijn: de aanwijzing van den bevoegden rechter ingevolge de §§ 36 en 37; het verlof om gratis te mogen procederen (§ 127); het afwijzend verzoek tot verlenging van een termijn (§ 225), of tot uitstel van een bepaalde terechtzitting (§ 227); de beslissing dat geen verandering van de ingestelde vordering heeft plaats gehad (§ 270), enz. <sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> GAUPP-STEIN-JONAS ad § 511 I 1; VON SEUFFERT-WALSMANN II blz. 3.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 512 aant. 1; GAUPP-STEIN-JONAS ad § 512 II 1; VON SEUFFERT-WALSMANN II blz. 8.

<sup>3)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 512 aant. 1a; GAUPP-STEIN-JONAS ad § 512 II.

<sup>4)</sup> Voor deze en meerdere gevallen zie SYDOW-BUSCH ad § 512 aant. 2; GAUPP-STEIN-JONAS ad § 512 II 2 en VON SEUFFERT-WALSMANN II blz. 8.

## § 10. AFBAKENING VAN HET GESCHIL.

De wet verklaart uitdrukkelijk dat het geschil slechts in zooverre aan het oordeel van den appelrechter onderworpen wordt, als dit door de partijen aan hem wordt voorgelegd:

§ 525 ZPO. Vor dem Berufungsgerichte wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt.

§ 536 ZPO. Das Urteil erster Instanz darf nur insoweit abgeändert werden, als eine Abänderung beantragt ist.

Het beroep wordt ingesteld door het indienen van een *Berufungsschrift* bij den appelrechter (§ 518 ZPO.). Binnen een maand na het instellen van het appel moet dit gemotiveerd worden door het indienen van een *Berufungsbegründung*, welke o.a. de verklaring moet bevatten in hoeverre het vonnis a quo wordt bestreden, en de gronden hiervoor:

§ 519 ZPO. Der Berufungskläger musz die Berufung begründen.

Die Berufungsbegründung erfolgt, sofern sie nicht bereits in der Berufungsschrift enthalten ist, durch Einreichung eines Schriftsatzes bei dem Berufungsgerichte. Die Frist für die Berufungsbegründung beträgt einen Monat; sie beginnt mit der Einlegung der Berufung und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden verlängert werden.

Die Berufungsbegründung musz enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten wird, und welche Abänderungen des Urteils beantragt werden (Berufungsanträge);

2. die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe) sowie der neuen Tatsachen, Beweismittel und Beweiseinreden, die die Partei zur Rechtsfertigung ihrer Berufung anzuführen hat.

etc.

Het ontbreken van deze verklaring heeft niet-ontvankelijkheid tengevolge (§ 519b ZPO.).

Beslissend voor den omvang van het appel is echter de eisch, zooals deze bij het einde van de mondelinge behandeling voor den appelrechter ligt, al is deze afwijkend van de *Berufungsbegründung*.<sup>1)</sup>

Uit de bepaling, dat een aangevallen vonnis slechts in zooverre mag worden veranderd als dit wordt gevraagd, volgt dat het vonnis a quo niet buiten de aangevoerde grieven mag worden gewijzigd ten gunste van den appellant, en in het geheel niet te zijnen nadeele (*reformatio in peius*).<sup>2)</sup> Hierbij wordt gewezen op de algemeene bepaling van § 308 ZPO., dat de rechter niet bevoegd is een partij meer toe te wijzen dan deze heeft gevraagd.

<sup>1)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 525 aant. 1; GAUPP-STEIN-JONAS ad § 536 I; VON SEUFFERT-WALSMANN II blz. 32.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 536 aant. 1; GAUPP-STEIN-JONAS ad § 536 I 2; VON SEUFFERT-WALSMANN II blz. 45.

Tengevolge van deze relatieve rechtskracht van het appel wordt echter de appelrechter niet verhinderd zonder incidenteel appel ten nadeele van den appellant, die oorspronkelijk eischer was, een vordering wegens *Unzulässigkeit des Rechtsweges* af te wijzen. (Dit is een van de *prozeshindernde Einreden* van § 274 ZPO., waaronder wordt begrepen het geval, dat volgens wettelijke bepalingen de burgerlijke rechter in het geheel niet bevoegd is van het geschil kennis te nemen, daar dit langs administratieven weg moet worden beslist).

Tengevolge van andere processueele voorschriften, waarmee de rechter ambtshalve rekening moet houden (b.v. het ontbreken van de bevoegdheid als procespartij op te treden, of van de wettelijke ver- tegenwoordiging) staat het den appelrechter echter *niet* vrij een vonnis ten nadeele van den appellant te veranderen. <sup>1)</sup>

Indien de eerste rechter den ingestelden eisch weliswaar juist heeft geacht, doch dezen heeft afgewezen op grond van een tegenvordering, mag de appelrechter, indien hij de ingestelde vordering zelf ongegrond oordeelt, haar om die reden afwijzen, zonder op de tegenvordering in te gaan. Dit wordt geacht niet een *reformatio in peius* te zijn. <sup>2)</sup>

§ 536 ZPO. betreft echter alleen de hoofdzaak, niet de kostenver- oordeeling. Ook zonder incidenteel appel van den geïntimeerde kan over de kosten ten nadeele van den appellant worden beslist. <sup>3)</sup>

In het algemeen kan de appelrechter slechts beslissen over vorderingen, waarover de eerste rechter een uitspraak heeft gegeven, doch niet over vorderingen, waarover deze heeft nagelaten te beslissen. Zou bijvoorbeeld de eerste rechter hebben nagelaten geheel of gedeeltelijk over een inge- stelde vordering, of over de kostenveroordeeling, uitspraak te doen, dan kan men hiertegen niet opkomen met het rechtsmiddel van hooger be- roep, doch uitsluitend door ingevolge § 321 ZPO, bij denzelfden rechter, een *Ergänzungsurteil* uit te lokken. <sup>4)</sup> In Duitschland heeft de devolutieve werking van het appel niet steeds tengevolge, dat de zaak in zijn geheel aan de rechtsmacht van den eersten rechter wordt onttrokken. Anders dan in Frankrijk <sup>5)</sup> wordt de eerste rechter door het instellen van hooger beroep niet het recht ontnomen schrijf- en rekenfouten door een nieuwe beslissing te herstellen (§ 319 ZPO.), onduidelijkheden of tegenspraken op te heffen (§ 320 ZPO.), of, wanneer verzuimd is over een bepaalde vor- dering of over een gedeelte daarvan een beslissing te geven, dit alsnog bij een nieuw vonnis te doen (§ 321 ZPO.). Zouden schrijf- en rekenfouten ook door den appelrechter kunnen worden hersteld, <sup>6)</sup> het niet-berechten

<sup>1)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 536 aant. 1; id. ad § 525 aant. 1.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 536 aant. 1. Over eenige bijzondere gevallen, waarbij afwijking van den regel wordt toegestaan, zie aldaar.

<sup>3)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 536 aant. 1; GAUPP-STEIN-JONAS ad § 536 II 1.

<sup>4)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 321 aant. 6; id. ad § 537 aant. 1.

<sup>5)</sup> Zie Hoofdstuk II, § 1.

<sup>6)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 319 aant. 4.

van een vordering kan alleen door den eersten rechter zelf in een *Er-gänzungsurteil* worden goedge maakt. <sup>1)</sup>

Een belangrijke beperking op den regel, dat de appelrechter alleen mag oordeelen over vorderingen, waarover de eerste rechter een uitspraak heeft gegeven, is neergelegd in § 537:

§ 537 ZPO. Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts sind alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über welche in Gemäztheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn über diese Streitpunkte in erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden ist.

Deze bepaling geeft een nadere regeling van de devolutieve werking van het appel, en maakt hierbij onderscheid tusschen *vorderingen* en *twistpunten*, in dien zin, dat ten aanzien van *vorderingen* het recht van de partijen op twee instanties wordt gewaarborgd, terwijl dit ten aanzien van enkele *twistpunten* niet het geval is. <sup>2)</sup> Is over de in eersten aanleg ingestelde vorderingen, of over gedeelten daarvan, niet of nog niet door den eersten rechter beslist, dan zijn deze niet aan het oordeel van den appelrechter onderworpen. Zulks zal voornamelijk tot uiting komen bij conventie en reconventie, als een *Teilurteil* is gegeven, of in geval een *Vorbehaltsurteil* is gewezen.

*Streitpunkte* zijn niet alleen de gronden van de vordering, of van de verweermiddelen, maar alle aangevoerde feiten in zijn geheel, ook verklaringen over feiten en bewijsmiddelen, welke tot grond voor, of verweer tegen een vordering dienen. <sup>3)</sup>

Is een vordering op verschillende gronden gebaseerd, waarvan de eerste primair, en de tweede subsidiair is voorgedragen, en heeft de eerste rechter den eersten grond juist bevonden, en den subsidiairen dientengevolge buiten beschouwing gelaten, dan moet de appelrechter, als deze den eersten grond niet juist acht, den tweeden onderzoeken. Eveneens moet hij een onderzoek instellen naar de verschillende, in eerste instantie door den gedaagde aangevoerde verweren, indien hij, in tegenstelling met den rechter a quo, de eerstaangevoerde weer ongegrond acht. <sup>4)</sup>

## § 11. TERUGWIJZING NAAR DEN EERSTEN RECHTER.

In § 538 wordt de terugwijzing voor sommige gevallen verplichtend gesteld:

§ 538 ZPO. Das Berufungsgericht hat die Sache, insofern eine weitere Verhandlung derselben erforderlich ist, an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen:

<sup>1)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 321 aant. 6; id. ad § 537 aant. 1.

<sup>2)</sup> GAUPP-STEIN-JONAS ad § 537 I.

<sup>3)</sup> GAUPP-STEIN-JONAS II ad § 537 I 2; VON SEUFFERT-WALSMANN II blz. 47.

<sup>4)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 537 aant. 1; VON SEUFFERT-WALSMANN II blz. 47.



1. wenn durch das angefochtene Urteil ein Einspruch als unzulässig verworfen ist;
2. wenn durch das angefochtene Urteil nur über prozeszhindernde Einreden entschieden ist;
3. wenn im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs durch das angefochtene Urteil über den Grund des Anspruchs vorab entschieden oder die Klage abgewiesen ist, es sei denn, dass der Streit über den Betrag des Anspruchs zur Entscheidung reif ist;
4. wenn das angefochtene Urteil im Urkunden- oder Wechselprozess unter Vorbehalt der Rechte erlassen ist;
5. wenn das angefochtene Urteil ein Versäumnisurteil ist.

Im Falle der Nr. 2 hat das Berufungsgericht die sämtlichen prozeszhindernden Einreden zu erledigen.

Aan deze bepalingen ligt de opvatting ten grondslag, dat de eerste rechter zich met de hoofdzaak nog niet zakelijk heeft bezig gehouden, en dat de partijen een instantie zouden verliezen, indien de appelrechter de hoofdzaak zelf zou berechten. <sup>1)</sup>

De terugwijzing moet plaats hebben voorzoover door de beslissing van den appelrechter over de sub 1—5 genoemde twistpunten aan het geding niet volledig een einde wordt gemaakt. Als bijvoorbeeld de beslissing, dat de vordering niet-ontvankelijk is, wordt bevestigd, heeft geen terugwijzing plaats.

Bij bevestiging van een beslissing, waarbij een opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid wordt verworpen, heeft evenmin terugwijzing plaats. <sup>2)</sup>

De terugwijzing in het onder 2 genoemde geval moet plaats hebben, ofwel indien de appelrechter een vonnis bevestigt, waarbij een *prozeszhindernde Einrede* is verworpen, of indien hij een dergelijk verweermiddel, in afwijking met den eersten rechter, verwerpt. Voor terugwijzing is echter geen plaats, indien de appelrechter de beslissing, waarbij de *prozeszhindernde Einrede* juist wordt geacht, bevestigt, ofwel indien hij een in eerste instantie verworpen *Einrede* gegrond acht, en derhalve de vordering afwijst.

Het lijkt ons overigens onnoodig hier verder in te gaan op de verschillende vragen, waartoe de bepaling aanleiding geeft. Verwezen moge hieromtrent worden naar de diverse commentaren,

Ingeval de eerste rechter zich bij de behandeling der zaak niet aan de processuele voorschriften heeft gehouden is de terugwijzing facultatief:

§ 539 ZPO. Leidet das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Mangel, so kann das Berufungsgericht unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens, soweit das letztere durch den Mangel

---

<sup>1)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 538 aant. 1; VON SEUFFERT-WALSMANN II blz. 49.

<sup>2)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 538 aant. 3.

betroffen wird, die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen.

Ook op de toepassing van deze bepaling meenen wij niet behoeven in te gaan.

Verwijzing door den appelrechter naar een anderen rechter van lagere rang dan dengene, door wien het beroepen vonnis is gewezen, kent de *Zivilprozessordnung* niet.

De bepalingen van de §§ 538 en 539 worden algemeen als uitzonderingen op de devolutieve werking van het appel voorgesteld. <sup>1)</sup> VON SEUFFERT—WALSMANN <sup>2)</sup> merkt echter op dat deze bepalingen in werkelijkheid het beginsel van de devolutieve werking niet doorbreken, omdat volgens dat beginsel slechts door den lagere rechter genomen beslissingen aan het oordeel van den appelrechter zijn onderworpen, hetgeen hier niet het geval is.

Deze opvatting leidt wel hiertoe, de terugwijzing overal daar toe te laten op dezen grond, waar, afgezien van de gronden van § 538, sprake is van *absolutio ab instantia*. <sup>3)</sup>

## § 12. BEWIJSMIDDELEN IN HOOGER BEROEP.

Het appel heeft, binnen de grenzen waartoe het zich uitstrekt, een nieuwe behandeling van het geschil tengevolge (§ 525 ZPO.). Met name kunnen in het algemeen nieuwe bewijsmiddelen worden aangevoerd.

§ 529 ZPO. Die Parteien können Angriffs- und Verteidigungsmittel, die in erster Instanz nicht geltend gemacht sind, insbesondere neue Tatsachen und Beweismittel, vorbringen.

Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie Beweismittel und Beweisinreden, die in erster Instanz hätten geltend gemacht werden können und deren Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde, sind jedoch nur zuzulassen, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts die Partei das Vorbringen in erster Instanz weder in der Absicht, den Prozess zu verschleppen, noch aus grober Nachlässigkeit unterlassen hatte. etc.

Ook het opnieuw doen hooren van reeds in eersten aanleg gehoorde getuigen is toegestaan. <sup>4)</sup>

Een in eerste instantie afgelegde gerechtelijke bekentenis behoudt echter haar werking ook voor de appelprocedure (§ 532 ZPO.). Een verhoor op feiten en vraagpunten (Vernehmung), of het afleggen van een eed, kan de appelrechter, indien in eerste instantie het verhoor door de betrokken partij van de hand was gewezen, of de eed was geweigerd, al-

<sup>1)</sup> Aldus bijvoorbeeld VON SEUFFERT-WALSMANN II blz. 49; GAUPP-STEIN-JONAS ad § 538 I.

<sup>2)</sup> Zie de vorige noot.

<sup>3)</sup> VON SEUFFERT-WALSMANN II blz. 49; ROSENBERG § 144 III 1b; contra: GAUPP-STEIN-JONAS II ad § 538 I.

<sup>4)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 526 aant. 2. Vgl. § 398 ZPO.

leen dan bevelen, indien hij de overtuiging heeft dat deze partij voor de afwijzing of de weigering voldoende gronden had, welke sedertdien zijn vervallen (§ 533 ZPO.).

Een in eerste instantie plaats gehad hebbende bewijsopname behoudt ook voor de appelprocedure haar waarde. <sup>1)</sup>

## B. O O S T E N R I J K.

Het burgerlijke procesrecht wordt — voorzoover hier van belang — geregeld in *Das Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung)* van 1 Augustus 1895.

De rechterlijke beslissingen worden voornamelijk verdeeld in *Urteile* en *Beschlüsse*. De hoofdzaak wordt — behoudens uitzonderingen — beslist door een *Urteil*. Over processuele voor- en tussenvragen wordt met een *Beschluss* uitspraak gedaan, zelfs indien daardoor aan het proces een einde wordt gemaakt, zooals de beslissing over een *gerichtsablehnende Einrede*. <sup>2)</sup>

De *Beweisbeschlüsse* behooren tot die *Beschlüsse* „die prozeszleitender Natur sind”, welke den rechter niet binden, en vrijelijk door hem kunnen worden herroepen (§ 522 ZPO.). <sup>3)</sup>

De wet onderscheidt o.a. *Endurteile*, *Teilurteile*, *Zwischenurteile* en *Ergänzungsurteile*. <sup>4)</sup>

Onder *Endurteile* verstaat men de beslissing, welke in de betreffende instantie aan het proces volledig een einde maakt.

Door een *Teilurteil* wordt een einde gemaakt aan een gedeelte van de ingestelde vordering, of aan een van meerdere tezamen aanhangige vorderingen (bijvoorbeeld bij objectieve en subjectieve cumulatie, reconventie). Ten aanzien van het instellen van rechtsmiddelen is een *Teilurteil* een zelfstandig vonnis. <sup>5)</sup>

Een *Zwischenurteil* kan gewezen worden in twee gevallen: als een *Vorabentscheidung* over den grond der vordering, indien de vordering zoowel ten aanzien van den grondslag als ten aanzien van het gevorderde bedrag wordt betwist, en als een beslissing op een *Zwischenantrag auf Feststellung*, waaronder wordt verstaan het geval dat door den eischer of den gedaagde gedurende den loop van het geding wordt gevorderd dat over een, in den loop der procedure betwiste rechtsverhouding, waarvan het geschil geheel of gedeeltelijk afhankelijk is, <sup>6)</sup> door een rechterlijke uitspraak wordt vastgesteld. <sup>7)</sup> Ook tegen *Zwischenurteile* kan zelfstandig worden opgekomen. <sup>7)</sup>

<sup>1)</sup> SYDOW-BUSCH ad § 525 aant. 2.

<sup>2)</sup> KLEIN-ENGEL blz. 376—377; POLLAK II blz. 508.

<sup>3)</sup> POLLAK II blz. 527.

<sup>4)</sup> POLLAK II blz. 518 v.v.

<sup>5)</sup> KLEIN-ENGEL blz. 387.

<sup>6)</sup> POLLAK I blz. 8 v.v.

<sup>7)</sup> KLEIN-ENGEL blz. 387; POLLAK II blz. 520.

Onder *Ergänzungsurteile* verstaat men niet alleen vonnissen, waarbij fouten of verzuimen worden hersteld, <sup>1)</sup> maar ook gevallen, waarbij eerst een vonnis wordt gewezen over het al of niet gerechtigd zijn tot schadevergoeding, en bij een tweede vonnis wordt vastgesteld hoe groot die schade is (schadestaatprocedure) <sup>2)</sup>.

Tegen *Urteile* staat in het algemeen het rechtsmiddel van *Berufung* open, tegen *Beschlüsse* de *Rekurs*. <sup>3)</sup> Wij zullen ons hier verder uitsluitend met de *Berufung* bezighouden. Alleen dit moge worden opgemerkt, dat de rechter a quo in enkele gevallen aan den *Rekurs* de devolutieve werking kan ontnemen door, naar aanleiding van het ingestelde rechtsmiddel, van inzicht te veranderen, en zelf toe te wijzen wat door middel van *Rekurs* wordt gevorderd. <sup>4)</sup>

Subjectieve cumulatie kan plaats hebben, niet alleen indien er een rechtsband tusschen de consorten bestaat, maar ook als de verschillende vorderingen gelijksoortig zijn (§ 11 ZPO.). <sup>5)</sup>

Het Oostenrijksche procesrecht maakt onderscheid tusschen de *einfache* en de *notwendige Streitgenossenschaft*.

Bij de *einfache Streitgenossenschaft* blijven de samengevoegde zaken volkomen zelfstandig: „jeder der Streitgenossen ist dem Gegner gegenüber im Prozesse derart selbständig, dass die Handlungen oder Unterlassungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vorteile noch zum Nachteile gereichen" (§ 13 ZPO.). Een gelijke beslissing in de verschillende geschillen wordt niet beoogd. Een uitzondering op dit beginsel van zelfstandigheid vormt de bepaling, dat de eene strijdgenoot in het geschil van den ander niet als getuige, maar als partij moet worden gehoord. <sup>6)</sup>

Een gevolg der zelfstandigheid is, dat ieder der consorten voor zich zelf in appel moet gaan, en de uitspraak in hooger beroep geen invloed heeft op de beslissing van den eersten rechter ten aanzien van dengene, die heeft berust. <sup>7)</sup>

De *notwendige Streitgenossenschaft*, welke slechts bij uitzondering voorkomt, treedt dan in, „wenn die Wirkung des zu fällenden Urteils sich kraft der Beschaffenheit des streitigen Rechtsverhältnisses oder kraft gesetzlicher Vorschrift auf sämtliche Streitgenossen erstreckt" (§ 14 ZPO.). Hieronder valt bijvoorbeeld een geschil over de geldigheid van een testament, of betreffende een erfdienstbaarheid op een onroerend goed, dat aan meerdere personen in mede eigendom toebehoort, en der-

<sup>1)</sup> POLLAK II blz. 521.

<sup>2)</sup> KLEIN-ENGEL blz. 387.

<sup>3)</sup> WOLFF blz. 336 en 350; POLLAK II blz. 587 en 611.

<sup>4)</sup> KLEIN-ENGEL blz. 453.

<sup>5)</sup> POLLAK I blz. 193—197.

<sup>6)</sup> POLLAK I blz. 199.

<sup>7)</sup> Vgl. POLLAK II blz. 557.

gelijke gevallen. <sup>1)</sup> Niet valt hier onder de vordering tegen meerdere hoofdelijke schuldenaren, of tegen den hoofdschuldenaar en den borg. <sup>2)</sup>

De grondgedachte, waarop de *notwendige Streitgenossenschaft* berust, is, dat ten aanzien van alle strijdgenooten eenzelfde uitspraak moet worden gegeven, doch niet, dat de strijdgenooten elkaar vertegenwoordigen. De wet fingeert, dat de strijdgenooten tezamen slechts één procespartij vormen. <sup>3)</sup>

Over de gevolgen hiervan bestaat geen eenstemmigheid. De heerschende leer oordeelt, dat de strijdgenooten eenstemmige verklaringen moeten afleggen. Komen hun verklaringen met elkaar in tegenspraak, dan is de voor de consorten gunstigste verklaring geldig. POLLAK bestrijdt deze leer. Volgens hem kunnen de consorten uitsluitend met elkaar overeenstemmende *wils*verklaringen afleggen; zouden deze met elkaar in strijd zijn, dan kan geen enkele verklaring effect sorteeren. Zou bijvoorbeeld de eene strijdgenoot in appel gaan, en de ander berusten, dan is het appel niet geldig. <sup>4)</sup>

De wet staat ook tusschenkomst en voeging toe (§ 16 vv. ZPO.). Door de *Hauptintervention* (volgens POLLAK een volkomen onpractisch instituut) <sup>5)</sup> kan een derde zoowel tegen ieder der oorspronkelijke partijen als tegen beide tezamen een vordering instellen (§ 16 ZPO.). Het is mogelijk zoowel dat de beide processen gezamenlijk worden behandeld (§ 187 ZPO.), als dat eerst de hoofdzaak, of eerst de interventie wordt behandeld (§ 190 ZPO.).

De *Nebenintervenient* wordt noch partij, noch vertegenwoordiger eener partij. <sup>6)</sup> Hij kan echter namens de partij, waarbij hij zich heeft gevoegd, in appel komen. <sup>7)</sup>

De behandeling van het hooger beroep geschiedt in drie etappen: het indienen van de schriftelijke stukken (§§ 465 en 469 ZPO.); het *Vorverfahren* (§§ 470 v.v. ZPO.) en de mondelinge behandeling (§§ 480 v.v. ZPO.). <sup>8)</sup>

Het Oostenrijksche procesrecht berust o.a. op de beginselen van openbaarheid, onmiddellijkheid en mondelinge behandeling. Een consequente doorvoering van deze beginselen zou echter in vele gevallen tot onnoodig werk, tot verwikkelingen, en verlenging van het proces aanleiding kunnen geven. De beginselen worden daarom in beperkte mate toegepast, het-

<sup>1)</sup> Vgl. voor andere gevallen POLLAK I blz. 200.

<sup>2)</sup> POLLAK I blz. 200.

<sup>3)</sup> Vgl. POLLAK I blz. 201—202.

<sup>4)</sup> POLLAK I blz. 194—195.

<sup>5)</sup> POLLAK I blz. 123.

<sup>6)</sup> POLLAK I blz. 129; id. II blz. 575. Over een nadere onderscheiding tusschen *Nebenintervenienten* met betrekking tot de rechtskracht van het te geven vonnis zie POLLAK I blz. 129—130.

<sup>7)</sup> POLLAK II blz. 736.

geen een vereenvoudiging tot resultaat heeft. In de appelinstantie gaat aan de mondelinge behandeling een voorbereidende behandeling vooraf, het *Vorverfahren*, tengevolge waarvan een uitspraak kan worden gegeven zonder dat de procedure aan de mondelinge behandeling toe komt.<sup>1)</sup>

Zulks geschiedt aldus, dat, wanneer de stukken bij het appelgerecht zijn ingekomen, de voorzitter deze onderzoekt. In bepaalde gevallen zal hij de zaak voor den *Berufungssenat* brengen, opdat deze haar in een niet-openbare zitting, zonder voorafgaande mondelinge behandeling, en zonder dat de partijen daarbij betrokken worden, zal behandelen. Dit *Vorverfahren* zal o.a. plaats hebben op grond dat *a.* het appelgerecht onbevoegd is, of *b.* het beroep niet-ontvankelijk is; *c.* aan het *Berufungsschrift* een gebrek kleeft; *d.* het vonnis a quo, of de daaraan voorafgegane behandeling, nietig is; *e.* er grieven zijn aangevoerd tegen de beslissing in het vonnis a quo betreffende een opgeworpen exceptie van onbevoegdheid (§§ 471 v.v. ZPO.).

ad *a.* Is het betreffende appelgerecht onbevoegd, dan moet het zich onbevoegd verklaren, en de zaak verwijzen naar den bevoegden appelrechter.

ad *b.* Is het appel niet-ontvankelijk, dan moet het terstond worden verworpen.

ad *c.* Is de *Berufungsschrift* gebrekkig, dan wordt het beroep eveneens afgewezen.

ad *d.* Is het beroepen vonnis, of de daaraan voorafgegane behandeling, nietig, dan moet het vonnis worden opgeheven, onverschillig of het vonnis op dien grond is aangevallen, dan wel of het appelgerecht deze nietigheid zelf heeft opgemerkt. De gevolgen van deze opheffing zijn verschillend, naarmate er voor de beslissing der zaak nog een nadere behandeling noodig is of niet. Zoo niet — bijvoorbeeld in het geval de eerste rechter volstrekt onbevoegd was —, dan wordt de vordering afgewezen. Is er wel nog een behandeling noodig, dan wordt de zaak naar den eersten rechter teruggewezen, tenzij beide partijen vorderen dat de appelrechter de zaak zelf zal afdoen.

ad *e.* Heeft de eerste rechter zich ten onrechte onbevoegd verklaard, dan wijst de appelrechter de zaak naar hem terug. Heeft hij zich ten onrechte bevoegd verklaard, dan wordt de zaak verwezen naar den bevoegden rechter.

Indien zich geen omstandigheden voordoen, waardoor in een *Vorverfahren* de zaak kan worden afgedaan, dan wordt de zaak, voordat er over wordt beslist, mondeling door de partijen behandeld.

Het Oostenrijksche procesrecht huldigt het systeem van het beperkte hooger beroep. De *Berufung* heeft niet een nieuwe behandeling en een nieuwe beslissing van den *rechtsstrijd* van partijen ten doel, doch verze-

<sup>1)</sup> Zie KLEIN-ENGEL blz. 292—298; POLLAK II blz. 741; WOLFF blz. 339.

kert slechts een beoordeeling en beslissing van de *behandeling en de beslissing van den eersten rechter*.

Diens uitspraak, en de behandeling van de eerste instantie, worden door den appelrechter slechts in zooverre beoordeeld als dit door de partijen is gevorderd, zonder dat nieuwe vorderingen kunnen worden ingesteld, en nieuwe verdedigingsmiddelen of nieuwe processtof kunnen worden aangevoerd, en, zooverre deze niet door het appel zijn getroffen, op basis van de *Verhandlung* der eerste instantie. <sup>1)</sup>

In hooger beroep kunnen alle wettelijk toegelaten grieven opgeworpen worden, voorzoover deze niet vroeger met het rechtsmiddel van *Rekurs* hadden kunnen zijn aangevoerd.

De appelrechter mag het vonnis en de behandeling slechts onderzoeken voorzoover dit is gevorderd. Dit geschiedt door de *Berufungsgründe* en de *Berufungsanträge*. Een *Berufungsgrund* is een door den appellant tegen de beslissing of de behandeling van den eersten rechter aangevoerde grief; een *Berufungsantrag* is de vordering, om de door den eersten rechter gemaakte fout teniet te doen, hetzij door opheffing, hetzij door verandering van het vonnis. <sup>2)</sup>

De appelrechter moet zich strikt houden binnen de grenzen van het appel, zooals dat door de partijen is afgebakend. Zelfs op klaarblijkelijke onjuistheden mag geen acht worden geslagen, voorzoover de partijen hier tegen niet zijn opgekomen. <sup>3)</sup>

Er zijn echter eenige gevallen, waarbij de appelrechter niet gebonden is aan de door den appellant aangevoerde *Berufungsgründe*: hij moet namelijk ambtshalve rekening houden met nietigheidsgonden, welke door den appellant niet zijn opgeworpen (§§ 471, 494 ZPO.), of met bepalingen van niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep, en de onbevoegdheid van den appelrechter (§§ 471; 487 ZPO.), en dergelijke. <sup>4)</sup>

De appelrechter tracht niet, door uit te gaan van een nieuw standpunt, een juistere beslissing te geven: hij beoordeelt de uitspraak onder dezelfde voorwaarden, als waaronder zij werd gegeven. Het staat hem echter vrij de in eerste instantie aangebrachte bewijzen zelfstandig te waardeeren, zelfs de bewijsopname (bijvoorbeeld het hooren van getuigen) opnieuw voor zich te doen geschieden, indien dit voor de beslissing op de grieven noodig is. <sup>5)</sup> In het algemeen is het echter ongeoorloofd zich in de appel-procedure op nieuwe feiten of nieuwe bewijzen, waarop in eerste instantie geen beroep was gedaan, te beroepen. <sup>6)</sup>

<sup>1)</sup> KLEIN-ENGEL blz. 405; POLLAK II blz. 586—587, 591, 594.

Over de bezwaren, welke tegen het Oostenrijksche hooger beroep worden aangevoerd, en de verdediging van dit systeem, zie men KLEIN-ENGEL blz. 403—418 passim.

<sup>2)</sup> KLEIN-ENGEL blz. 404.

<sup>3)</sup> POLLAK blz. 587.

<sup>4)</sup> Vgl. POLLAK blz. 592.

<sup>5)</sup> KLEIN-ENGEL blz. 406; POLLAK blz. 595.

<sup>6)</sup> Vgl. hierover KLEIN-ENGEL blz. 409 v.v.

De uitzondering, welke § 482 ZPO. hierop geeft, wordt door de rechtspraak

In eersten aanleg afgelegde bekentenissen en bewijsopnamen behouden hun kracht ook in het hooger beroep. Werd in eerste instantie een partij onder eede gehoord, dan kan in appel niet over dezelfde feiten de tegenpartij onder eede worden gehoord. Had een partij in eerste instantie geweigerd den eed af te leggen, dan kan deze in appel niet onder eede worden gehoord, tenzij de appelrechter overtuigd is dat zij in eerste instantie reden had den eed te weigeren, en de gronden daarvoor thans zijn weggevallen.

De appelrechter kan het aangevallen vonnis bevestigen, veranderen, of er een ander voor in de plaats stellen. Indien echter de eerste rechter de hoofdzaak niet, of niet voldoende, heeft onderzocht, zal de appelrechter in het algemeen de zaak naar hem terugwijzen. Indien hij van meening is, dat de afloop hierdoor wordt bespoedigd, of aanzienlijke kosten worden uitgespaard, kan de appelrechter de zaak aan zich houden. Hij kan dit ook doen indien beide partijen dat vorderen, doch ook dan staat het te zijner vrije beoordeeling of hij zal terugwijzen, dan wel zelf zal afdoen. <sup>1)</sup>

Het rechtsmiddel van hooger beroep is volkomen zelfstandig. Dit heeft tengevolge dat de appelrechter de zaak niet mag beoordeelen alsof degene, die naast den appellant bevoegd was in hooger beroep te gaan, dit ook heeft gedaan: het appel werkt alleen ten voordeele van den appellant.

In overeenstemming met dit beginsel kent de wet geen incidenteel appel. <sup>2)</sup>

Het instellen van het hooger beroep verhindert slechts ten aanzien van den appellant dat het vonnis in kracht van gewijsde gaat. Ten aanzien van dengene, die niet in appel is gegaan, verkrijgt het rechtskracht: als de eischer in appel gaat, verkrijgt het vonnis rechtskracht ten aanzien van den gedaagde. <sup>3)</sup>

Op dit grondbeginsel van de zelfstandigheid van het hooger beroep, en de afwijzing van een *communio appellationis*, berust tevens het verbod van een *reformatio in peius*. Dit verbod is een gevolg hiervan, dat tegen dengene, die niet in appel is gekomen, de formeele rechtskracht is ingetreden; door een *reformatio in peius* zou de appelrechter inbreuk maken op deze rechtskracht. Dit verbod wordt echter ook afgeleid uit de *Verhandlungsmaxime*, of uit den aard van het hooger beroep. Als in abstracto noodzakelijk, aldus POLLAK, mag dit verbod echter niet worden opgevat: eeuwen lang immers heeft het niet gegolden. Het berust echter op overwegingen van rechtspolitiek. <sup>4)</sup>

en de doctrine algemeen zonder eenige beteekenis geacht. POLLAK I blz. 492; id. II blz. 584, 590.

<sup>1)</sup> KLEIN-ENGEL blz. 415—416; POLLAK blz. 593.

<sup>2)</sup> POLLAK blz. 556.

<sup>3)</sup> POLLAK blz. 556—557.

<sup>4)</sup> POLLAK blz. 557. Vgl. ook POLLAK blz. 591.



## C. ZWITSERLAND.

Anders dan het burgerlijk-, het straf- en het faillissementsrecht is de burgerlijke rechtsvordering in Zwitserland nog niet centraal geregeld. Weliswaar bestaat er een *eidgenössische Zivilprozessordnung* voor de procedure voor het *Bundesgericht*, maar overigens zijn er niet minder dan 25 kantonale *Zivilprozessordnungen*, waarvan er natuurlijk verschillende op diverse punten overeenstemmen, maar welke onderling meerendeels van elkaar afwijken, tot op de grondbeginselen toe. <sup>1)</sup>

Het behoeft derhalve geen betoog dat wij ons tot enkele algemeenheden moeten bepalen. <sup>2)</sup>

Als regel wordt er in elk kanton afzonderlijk recht gesproken in twee instanties: in eersten aanleg door het *Bezirksgericht*, in hooger beroep door het *Obergericht*. In enkele gevallen (waarover nader) treedt het *Bundesgericht* als derde instantie op. <sup>3)</sup>

In het algemeen wordt het hooger beroep <sup>4)</sup> beperkt tot eindvonnissen, en zijn tusschenvonnissen, waaronder in de eerste plaats de interlocutoire vonnissen (*Beweisbeschlüsse*) worden begrepen, niet afzonderlijk appellabel; deze kunnen echter tengevolge van het tegen het eindvonnis ingestelde appel worden bestreden. <sup>5)</sup>

In de meeste kantons zijn *nova* in hooger beroep volkomen uitgesloten. Niet alleen kan geen nieuwe vordering worden ingesteld, maar is ook het aanvoeren van nieuwe verweren, bestrijdingen en bewijsmiddelen verboden. Enkele kantons zijn echter minder streng in hun bepalingen. <sup>6)</sup>

De meeste kantonale wetten laten een incidenteel appel toe. <sup>7)</sup> Mede hieruit, en uit het feit dat de *Verhandlungsmaxime* algemeen wordt aanvaard, <sup>8)</sup> kan worden geconcludeerd dat de appelrechter slechts in zoverre van de zaak mag kennis nemen als deze aan hem wordt onderworpen.

In een enkel kanton wordt bepaald dat incidenteel appel niet is toegelaten, zoodat de geïntimeerde slechts bevestiging van het vonnis kan verlangen. <sup>9)</sup> Als alleenstaand geval is in Graubünden een *reformatio in peius* uitdrukkelijk toegestaan: de appelrechter kan ten gunste van de niet-appelleerende partij van het beroepen vonnis afwijken. <sup>10)</sup>

<sup>1)</sup> Vgl. HEUSLER blz. IX, en passim.

<sup>2)</sup> Naar ons door het Internationaal Juridisch Instituut te 's-Gravenhage wordt medegedeeld behandelen het tweede en derde deel van SCHURTER-FRITZSCHE (1933) het kantonale procesrecht. Wij zijn niet meer in de gelegenheid geweest deze beide deelen te raadplegen.

<sup>3)</sup> Vgl. HEUSLER blz. 23.

<sup>4)</sup> Voor het verschil tusschen de *Berufung* of *Appellation* en de *Nichtigkeitsbeschwerde*, en het ineenvloeden of het afzonderlijk regelen van deze beide rechtsmiddelen in de diverse kantons, zie men HEUSLER blz. 151—167.

<sup>5)</sup> HEUSLER blz. 171.

<sup>6)</sup> HEUSLER blz. 174—175.

<sup>7)</sup> HEUSLER blz. 177.

<sup>8)</sup> HEUSLER blz. 93 v.v.

<sup>9)</sup> HEUSLER blz. 178.

Tegen de uitspraken, welke volgens de kantonnale regeling in laatste instantie zijn gewezen, kan beroep worden ingesteld bij het *Bundesgericht* (*Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22 März 1893*). Dit kan echter slechts geschieden onder de voorwaarde o.a. dat met toepassing van *eidgenössische* wetten is beslist, of had moeten worden beslist, en dat dit recht is geschonden (artt. 56 en 57 van bovengenoemde wet van 1893). <sup>1)</sup>

Over het algemeen oordeelt het *Bundesgericht* derhalve alleen of het recht juist is toegepast, en is het aan de in de kantonnale procedure vastgestelde feiten gebonden, doch zijn werkzaamheden kunnen niet geheel met die van onzen cassatierechter worden gelijk gesteld. Het moet immers ook beoordeelen of de feitelijke verhoudingen wel voldoende zijn vastgesteld (bijvoorbeeld of een van belang zijnd feit wel voldoende is bewezen); of de vaststelling der feiten niet in tegenspraak is met den inhoud der processtukken, en de bewijsresultaten niet in strijd met de wettelijke bepalingen zijn gewaardeerd. <sup>2)</sup> Bovendien heeft het *Bundesgericht* de macht de beroepen uitspraak, indien de grieven juist worden bevonden, zelf te veranderen, of er een andere uitspraak voor in de plaats te stellen, in plaats van haar uitsluitend te casseeren. Het rechtsmiddel houdt derhalve het midden tusschen cassatie en hooger beroep: met beide vertoont het zoowel overeenkomsten als verschillen. <sup>3)</sup>

Een zelfstandig beroep is alleen toegelaten tegen eindvonnissen, doch ter beoordeeling van het *Bundesgericht* staan ook die tusschenbeslissingen (bijvoorbeeld interlocutoire beslissingen) welke het eindvonnis zijn voorafgegaan (art. 58). <sup>4)</sup>

In de appelschriften moet aangegeven worden in hoeverre de beroepen uitspraak wordt aangevallen, en de taak van den appelrechter wordt hierdoor afgebakend (art. 79). <sup>5)</sup>

Het *Bundesgericht* zal de beroepen uitspraak bevestigen of wijzigen, doch indien de uitspraak niet kan worden gedaan op de voorhanden processtukken, dan moet de zaak worden teruggewezen naar den rechter a quo (art. 82). <sup>6)</sup>

Artikel 80 verbiedt het inbrengen van nova: noch nieuwe vorderingen, noch nieuwe feiten, verweren, bestrijdingen of bewijsmiddelen mogen worden aangevoerd. <sup>7)</sup>

De vraag of derden, bijvoorbeeld de gevoegde partij, de in vrijwaring opgeroepene, enz. de *Berufung* kunnen instellen, wordt beantwoord in

<sup>1)</sup> HEUSLER blz. 168; SCHURTER-FRITZSCHE blz. 305 v.v.

<sup>2)</sup> SCHURTER-FRITZSCHE blz. 308; HEUSLER blz. 169.

<sup>3)</sup> SCHURTER-FRITZSCHE blz. 301; 306.

<sup>4)</sup> SCHURTER-FRITZSCHE blz. 307; HEUSLER blz. 169.

<sup>5)</sup> SCHURTER-FRITZSCHE blz. 307—308; 385; 387.

<sup>6)</sup> SCHURTER-FRITZSCHE 309; 310; HEUSLER blz. 169.

<sup>7)</sup> SCHURTER-FRITZSCHE blz. 309.

dien zin dat dit recht bestaat voorzoover dit volgens de kantonnale wet mogelijk is (art. 66). <sup>1)</sup>

#### D. JOEGOSLAVIE.

Toen de Zuid-Slaven zich onder het koninkrijk Joegoslavië vereenigden kwamen daarin niet minder dan zes rechtsgebieden voor, met zes verschillende wetgevingen betreffende de burgerlijke rechtsvordering, welke grootendeels in de grondbeginselen volkomen van elkaar afweken: het Servische, Kroatische, Hongaarsche, Bosnische, Montenegrijnsche en Oostenrijksche recht.

Als gevolg van de unificatie van het recht kwam in 1929 een uniform wetboek van burgerlijke rechtsvordering tot stand, naar het voorbeeld van de Oostenrijksche *Zivilprozessordnung* van 1895. Dat het Oostenrijksche procesrecht tot grondslag werd genomen vindt zijn oorzaak niet alleen hierin, dat dit in een deel van het koninkrijk reeds 30 jaar met uitstekend resultaat was toegepast, maar ook omdat dit als het beste van Europa gold, met zijn moderne grondbeginselen van mondelinge behandeling, openbaarheid, vrije bewijsvoering en snelle behandeling. <sup>2)</sup>

De bepalingen, welke voor ons van belang zijn, stemmen in groote trekken overeen met die van het Oostenrijksche recht.

Subjectieve cumulatie is mogelijk, indien er een rechtsband tusschen de partijen bestaat, of de verschillende vorderingen gelijksoortig zijn (§ 112). <sup>3)</sup>

De strijdgenooten staan zelfstandig tegenover de tegenpartij, met dien verstande, dat handelingen of verzuimen van den één niet tot voor- of nadeel van den ander kunnen strekken (§ 114).

Wanneer echter de werking van het te vellen oordeel zich krachtens den aard van de rechtsverhouding, of krachtens wettelijke bepaling, tot alle consorten zou uitstrekken, vormen zij tezamen één enkele procespartij, zoodat, wanneer eenige van hen een handeling nalaten, de werking der proceshandelingen der anderen zich ook tot hen uitstrekt (§ 115).

Indien meerdere vorderingen in één procedure aanhangig zijn (cumulatie, reconventie enz.), en één van deze is rijp voor een einduitspraak, dan kan hierover bij afzonderlijk vonnis (deelvonnis) worden beslist. Met betrekking tot rechtsmiddelen is dit als een zelfstandig vonnis te beschouwen (§§ 487 en 488).

De wet laat tusschenkomst en voeging toe (§§ 117—119). De zich voegende partij treedt in het algemeen alleen op tot ondersteuning van

<sup>1)</sup> SCHURTER-FRITZSCHE blz. 386.

<sup>2)</sup> Vgl. het voorwoord van E. CIMIC in *Das neue Zivilprozessrecht Jugoslawiens*, von HUGO LACHNER, 1933.

<sup>3)</sup> Voor den tekst der wet zijn wij afgegaan op de vertaling van LACHNER.

een der partijen. Met toestemming van beide partijen kan zij echter in de plaats van de partij, welke zij bijstaat, in het geding als partij optreden (§ 120). Voorts wordt degene, die zich heeft gevoegd, strijdgenoot in den zin van § 115 (zie hierboven), indien het te vellen oordeel tegen hem rechtskracht zou verkrijgen.

Behalve hooger beroep en cassatie kent de wet nog een derde gewoon rechtsmiddel, overeenkomende met den *Rekurs* van het Oostenrijksche procesrecht.

Het hooger beroep wordt ingesteld tegen eindvonnissen, waarmede echter enkele tusschenvonnissen (§ 489) worden gelijk gesteld. De appelrechter beoordeelt deze vonnissen binnen de grenzen van het beroep, zooals dit is ingesteld. Aan zijn beoordeeling zijn echter eveneens onderworpen de aan het betreffende vonnis voorafgaande beslissingen, inzonderde deze niet onaantastbaar zijn, of zijn geworden (§ 556).

Het hooger beroep wordt ingesteld door het indienen binnen den appeltermijn (15 dagen; § 558) van een geschrift (§ 559), hetwelk o.a. moet inhouden de verklaring, in hoeverre het beroepen vonnis wordt aangevallen, en de gronden hiervoor (§ 561).

Ook in het Joegoslavische recht gaat aan de mondelinge behandeling in de beroepsinstantie een *Vorverfahren* vooraf. (Vergelijk hierboven onder B. Oostenrijk).

Wanneer de stukken bij het appelgerecht zijn ingekomen worden deze door den voorzitter of een daartoe aangewezen lid onderzocht (§ 564). Deze brengt in de daarvoor bepaalde gevallen (§ 465) de zaak rechtstreeks bij het beroepsgerecht, hetwelk zonder voorafgaande mondelinge behandeling in een niet-openbare zitting een beslissing neemt (§ 567). Oordeelt dit zich bijvoorbeeld onbevoegd, dan verwijst het de zaak naar den bevoegden appelrechter; is het beroep niet-ontvankelijk, dan wordt het verworpen (§ 568). Heeft de eerste rechter zich ten onrechte onbevoegd verklaard, dan wordt de zaak naar hem teruggewezen; heeft hij zich ten onrechte bevoegd verklaard, dan wordt de zaak naar den bevoegden rechter verwezen (§ 569).

Is het vonnis a quo nietig, dan wordt, naargelang van de gronden welke hiertoe leiden (§ 571), de vordering afgewezen, of de zaak teruggewezen, hetzij naar den rechter a quo, hetzij naar een ander gerecht (§ 572). Terugwijzing geschiedt echter niet, indien beide partijen verzocken dat de appelrechter de zaak zelf zal afdoen (§ 572).

Doen zich geen omstandigheden voor, op grond waarvan de appelrechter onmiddellijk in een *Vorverfahren* een beslissing neemt, dan wordt de zaak mondeling behandeld (§ 574). Het vonnis a quo mag slechts in zooverre worden veranderd, als dit is gevraagd. De appeluitspraak moet alle strijdpunten, welke de vordering betreffen, omvatten, voorzover dit voor een oordeel noodig is, en binnen de grenzen van het ingestelde beroep (§ 591). Aan de appeluitspraak moeten de resultaten der behandeling

en bewijsvoering van de eerste instantie worden tot grondslag gelegd, voor zoover deze niet door de behandeling in beroep zijn gewijzigd (§ 592).

De partijen mogen bij de behandeling in beroep hun vorderingen en verweermiddelen slechts op die feiten en bewijzen gronden, welke zij blijkens de processtukken reeds in eerste instantie hebben aangevoerd. Nieuwe feiten en bewijzen mogen slechts in zooverre worden geldend gemaakt, als zij tot bewijs of weerlegging der aangevoerde grieven dienen (§ 576).

Een verandering van de ingestelde vordering is, zelfs met toestemming van de tegenpartij, niet toegelaten (§ 577).

Het beroepsgerecht kan niet alleen die bewijzen aannemen, welke tot ondersteuning of weerlegging van grieven dienen (§ 576), maar, wanneer dit noodig wordt geacht, ook een reeds in eerste instantie plaats gehad hebbende bewijsopname herhalen of aanvullen, en in eerste instantie aangeboden bewijs alsnog opnemen (§ 582).

Is in eerste instantie een der partijen onder eede gehoord, dan kan over hetzelfde feit niet een eed aan de andere partij worden opgedragen (§ 583).

Terugwijzing naar den eersten rechter heeft plaats, indien deze de zaak niet geheel heeft onderzocht (§ 590). De appelrechter kan echter de zaak aan zich houden indien beide partijen dit vorderen, of de zaak, naar het oordeel van den appelrechter, daarvoor in aanmerking komt om den afloop der procedure te versnellen, of de kosten te matigen (§ 590).

#### E. D E N E M A R K E N .

De wet van 11 April 1916 (*Lov om Rettens Pleje*), in werking getreden op 1 October 1919, omvat zoowel het strafproces- als het burgerlijk procesrecht. <sup>1)</sup> Vele grondslagen zijn overgenomen uit de Oostenrijksche *Zivilprozessordnung*. <sup>2)</sup>

Het instellen van een reconventioneele vordering is mogelijk indien er ofwel connexiteit tusschen de conventie en de reconventie bestaat, ofwel de beide vorderingen met elkaar kunnen worden gecompenseerd (§ 280). <sup>3)</sup>

Objectieve cumulatie van vorderingen is toegestaan zonder dat daartoe eenige samenhang of gelijksoortigheid vereischt wordt (§ 249). De afzonderlijke behandeling van de gecumuleerde vorderingen kan echter door den rechter worden bevolen (§ 254). <sup>4)</sup> De rechter kan eveneens de voeging bevelen van verschillende, voor hem tusschen dezelfde partijen aanhangige zaken (§ 286). <sup>5)</sup>

Subjectieve cumulatie is eveneens mogelijk zonder dat er eenige band of soortgelijkheid aanwezig behoeft te zijn. Wanneer de vorderingen

<sup>1)</sup> Blijkens een mededeeling van het Internationaal Juridisch Instituut te 's-Gravenhage is deze wet gewijzigd op 1 October 1932 en op 1 October 1936

<sup>2)</sup> MUNCH-PETERSEN blz. 3.

<sup>3)</sup> MUNCH-PETERSEN blz. 35.

<sup>4)</sup> MUNCH-PETERSEN blz. 34.

<sup>5)</sup> MUNCH-PETERSEN blz. 33.

echter geen gemeenschappelijken oorsprong hebben kan de tegenpartij zich tegen de cumulatie verzetten (§ 250). Ook hier is de rechter bevoegd de scheiding van de processen te bevelen.

Noodzakelijk is deze cumulatie als het karakter van de rechtsverhouding een gemeenschappelijk optreden van meerdere partijen eischt. Dit is bijvoorbeeld het geval als de erkenning van een erfdiensbaaierheid ten behoeve van de eigenaren van een naburig erf wordt gevorderd, of als in geval van een ondeelbare verbintenis een prestatie gevorderd wordt ten behoeve van alle gerechtigden of tegen alle schuldenaren.<sup>1)</sup>

Als algemeene regel geldt, dat de consorten geen procesgemeenschap doen ontstaan, doch dat allen zelfstandig tegenover de tegenpartij staan, met dien verstande, dat de handelingen van den een noch ten voordeele, noch ten nadeele van zijn consorten kunnen strekken. De beslissing kan dus ten aanzien van verschillende consorten verschillend uitvallen. Dit geldt ook voor het noodzakelijke consortium.

Als gevolg daarvan kan ieder der strijdgenooten zelfstandig in appel gaan.<sup>2)</sup> § 256 bepaalt echter, dat, wanneer een der consorten op een terechtzitting verstek laat gaan, hij wordt geacht te zijn vertegenwoordigd door de verschijnenden.

Tusschenkomst kan plaats hebben indien een derde een zaak of een recht, waarover tusschen de partijen een geschil aanhangig is, voor zich opvoert. Een derde kan zich ook voegen, en tot ondersteuning van een der partijen optreden.<sup>3)</sup>

De tusschenkomende partij neemt in alle betrekkingen de stelling van een zelfstandige partij in. Haar vordering wordt als een zelfstandige beschouwd, tenzij het te wijzen vonnis bij uitzondering rechtskracht tegen haar zou verkrijgen.<sup>4)</sup>

Derhalve kan wel de tusschenkomende partij, maar niet de zich gevoegd hebbende partij in hooger beroep komen.<sup>5)</sup>

Het Deensche procesrecht kent twee gewone rechtsmiddelen: het hooger beroep (*Anke*), hetwelk tegen eindvonnissen wordt ingesteld (afzonderlijk beroep tegen tusschenvonnissen is niet mogelijk), en de *Kære*, overeenkomende met de Deutsche *Beschwerde*, welke tegen bepaalde beslissingen kan worden ingesteld. Cassatie kent de wet niet.<sup>6)</sup>

De appeldagvaarding moet inhouden in hoeverre de appellant een verandering van het aangevallen vonnis verlangt, of een geheele of gedeeltelijke vernietiging daarvan eischt.<sup>7)</sup> De appelrechter moet, zooals uit

<sup>1)</sup> MUNCH-PETERSEN blz. 35—36.

<sup>2)</sup> MUNCH-PETERSEN blz. 144.

<sup>3)</sup> MUNCH-PETERSEN blz. 36.

<sup>4)</sup> MUNCH-PETERSEN blz. 37.

<sup>5)</sup> MUNCH-PETERSEN blz. 144.

<sup>6)</sup> MUNCH-PETERSEN blz. 143.

<sup>7)</sup> MUNCH-PETERSEN blz. 146.

de *Verhandlungsmaxime* volgt, zich houden binnen de grenzen, welke door de vorderingen der appellerende partijen zijn gesteld. <sup>1)</sup>

### F. Z W E D E N. <sup>2)</sup>

Subjectieve cumulatie is geoorloofd, indien de consorten op grond van een zelfde rechtsverhouding, of van een zelfde feit (bijvoorbeeld een zelfde schuldbekentenis, het gezamenlijk plegen van een onrechtmatige daad), gerechtigd of verplicht zijn. Op grond van gelijksoortigheid van rechtsverhoudingen is subjectieve cumulatie niet toegestaan; wel kan de rechter op grond daarvan de voeging van verschillende processen bevelen. <sup>3)</sup>

In het algemeen geschiedt de subjectieve cumulatie bij dagvaarding. Bij uitzondering heeft zij gedurende den loop van het geding plaats, en wel — afgezien van het geval dat een van de partijen sterft, en de erfgenamen het proces overnemen, of ingeval van tusschenkomst, waarbij de oorspronkelijke partijen strijdgenooten worden tegenover de tusschenkomende partij — indien de *exceptio plurium litis consortium* wordt aanvaard. <sup>4)</sup> Deze exceptie leidde, indien gegrond, vroeger tot niet-ontvankelijkheid van de vordering. Thans wordt echter de procedure geschorst, teneinde den eischer de gelegenheid te geven de overige consorten in het geding te roepen. <sup>5)</sup>

In het algemeen is de subjectieve cumulatie slechts een processuele samenvoeging van meerdere vorderingen, welke haar zelfstandigheid volkomen blijven behouden. Ieder der veroordeelde consorten kan zelfstandig in hooger beroep gaan, en de uitspraak in hooger beroep heeft slechts betrekking op den appellant, maar niet op de consorten, die hebben berust. <sup>6)</sup> Dit is echter anders indien de wet voorschrijft, dat de vorderingen in één procedure worden behandeld, en er een gedwongen strijdgenootschap bestaat. Dit is namelijk het geval:

1) indien meerdere personen tot een ondeelbare verbintenis gerechtigd of verplicht zijn.

2) als de erfgenamen eener onverdeelde nalatenschap een tot deze nalatenschap behorende vordering instellen, of zelf voor een schuld van de nalatenschap worden aangesproken.

<sup>1)</sup> MUNCH-PETERSEN blz. 145.

<sup>2)</sup> Van het Internationaal Juridisch Instituut te 's-Gravenhage vernemen wij dat op 18 Juli 1942 een nieuw procesrecht (*Rättegångsbalk*) is tot stand gekomen. Zijn wij juist ingelicht, dan was de nieuwe wet bij het afdrucken van deze regelen nog niet in werking getreden.

Wij zijn niet in de gelegenheid geweest van dit wetboek kennis te nemen. Het onderstaande is geheel gebaseerd op het van 1924 dateerende boek van WREDE.

<sup>3)</sup> WREDE blz. 121—122.

<sup>4)</sup> WREDE blz. 122.

<sup>5)</sup> WREDE blz. 93—94.

<sup>6)</sup> WREDE blz. 124.

3) wanneer een betwist recht onverdeeld aan meerderen toekomt, of tegen meerderen kan worden geldend gemaakt, bijvoorbeeld een erf-dienstbaarheid ten behoeven van, of ten laste van een erf, dat aan meerdere personen in medeigendom toebehoort.

Het betreffende recht kan in deze gevallen slechts door of tegen alle gerechtigden worden geldend gemaakt.

Indien in deze gevallen niet alle consorten hebben of zijn gedagvaard heeft dit geen niet-ontvankelijkheid tengevolge, maar het te wijzen vonnis verkrijgt rechtskracht ten behoeve van, of tegen alle consorten.<sup>1)</sup>

Wanneer in deze gevallen slechts één van de in het ongelijk gestelde consorten in appel gaat, werkt een vernietiging of verandering van het beroepen vonnis ook ten voordeele van zijn strijdgenooten.<sup>2)</sup>

Indien de vordering van een derde, om in een aanhangig proces te mogen tusschenkomen (*Hauptintervention*), wordt ingewilligd, moet de tusschenkomende partij de oorspronkelijke partijen dagvaarden. Er wordt een afzonderlijk proces gevoerd tusschen den intervenient eenerzijds, en de oorspronkelijke partijen anderzijds, welke thans strijdgenooten worden. De oorspronkelijke vordering moet geschorst worden totdat op de interventie is beslist bij een vonnis, dat kracht van gewijsde heeft verkregen. Wordt de intervenient tegen de beide oorspronkelijke partijen in het gelijk gesteld, dan is daarmede ook de oorspronkelijke zaak beslist, hoewel daarover formeel nog bij afzonderlijk vonnis een uitspraak moet worden gegeven.<sup>3)</sup>

De intervenient is natuurlijk partij in de interventie, en kan tegen de uitspraak daarover in hooger beroep gaan.<sup>4)</sup>

Daarentegen is de gevoegde partij (*Nebenintervenient*) niet dominus litis; in het algemeen kan hij dan ook niet zelfstandig in appel komen. Anders is dit echter, indien het te wijzen vonnis onmiddellijk op zijn rechtspositie zou inwerken.<sup>5)</sup>

In het algemeen kan het hooger beroep (*Wad*) alleen worden ingesteld tegen eindvonnissen, waarop echter enkele uitzonderingen bestaan.<sup>6)</sup>

De devolutieve werking van het hooger beroep brengt mede, dat de appelrechter slechts in zooverre over de zaak mag oordeelen als de eerste rechter daarover heeft geoordeeld<sup>6)</sup>, en slechts in den omvang, als zij door de partijen aan zijn rechtsmacht is opgedragen, waarbij deze echter in ieder geval gebonden zijn aan de vordering, zooals deze in eerste instantie is ingesteld.<sup>7)</sup>

<sup>1)</sup> WREDE blz. 123.

<sup>2)</sup> WREDE blz. 124.

<sup>3)</sup> WREDE blz. 125—127.

<sup>4)</sup> WREDE blz. 272.

<sup>5)</sup> WREDE blz. 108—109; 272.

<sup>6)</sup> WREDE blz. 268.

<sup>7)</sup> WREDE blz. 271.



Uit deze beginselen volgt dat, wanneer de eerste rechter de vordering heeft afgewezen zonder de zaak ten principale te onderzoeken, ook de appelrechter de zaak niet mag onderzoeken, doch, indien de aangevoerde grieven juist worden bevonden, de zaak moet terugwijzen naar den eersten rechter, <sup>1)</sup> en voorts, dat een *reformatio in peius* niet geoorloofd is. <sup>2)</sup>

---

<sup>1)</sup> WREDE blz. 276; 280—282.

<sup>2)</sup> WREDE blz. 276.

## LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE WERKEN.

- ASSER-ANEMA, Mr. C. ASSER's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsche Burgerlijk Recht, vijfde deel, van Bewijs, derde druk, bewerkt door Mr. A. ANEMA, 1932.
- ASSER-VAN GOUDOEVER, idem, derde deel, Verbintenissenrecht, voortgezet door Mr. J. LIMBURG, bewerkt door Mr. H. VAN GOUDOEVER.
- ASSER-LOSECAAT VERMEER, idem, derde deel, Verbintenissenrecht, door Mr. P. A. L. LOSECAAT VERMEER, 1939.
- VAN BONEVAL FAURE, Het Nederlandsche Burgerlijke Procesrecht, door Mr. R. VAN BONEVAL FAURE, 1871—1899.
- CARRÉ-CHAUVEAU, Lois de la procédure civile et administrative, par G. J. L. CARRÉ, mise au courant par CHAUVEAU ADOLPHE, 4me édition, 1872.
- CUCHE, Précis de Procédure Civile et Commerciale, par PAUL CUCHE, 1937.
- DALLOZ R. L., Répertoire méthodique et alphabétique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence, nouvelle édition par M. D. DALLOZ aîné, avec la collaboration de M. ARMAND DALLOZ, 1846—1873.
- DALLOZ, Suppl. 1887, Supplément au Répertoire méthodique et alphabétique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence de M. M. DALLOZ, publié sous la direction de M. M. G. GRIOLET et CH. VERGÉ, 1887—1897.
- DALLOZ R. P., Répertoire pratique de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence, publié sous la direction de M. M. GASTON GRIOLET et CHARLES VERGÉ, 1910—1926.
- DALLOZ, Suppl. 1927, Supplément au Répertoire Pratique, 1927.
- DALLOZ, Suppl. 1938, Additions 1938 au Répertoire Pratique et au Supplément, 1938.
- DIEPHUIS, Het Nederlandsche Burgerlijk Regt, door Mr. G. DIEPHUIS.
- FAURE, zie VAN BONEVAL FAURE
- FRUIN, Mr. TH. A. FRUIN, Geschiedenis van de Wetenschap van het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht na 1811, in deel 1 van de Geschiedenis der Nederlandsche Rechtswetenschap, blz. 249—284; 1937.
- GARSONNET-CÉZAR-BRU, Traité théorique et pratique de Procédure, par E. GARSONNET, 3me édition, revue etc. par CHARLES CÉZAR-BRU.
- GAUPP-STEIN-JONAS, Kommentar zur Zivilprozessordnung, begründet von LUDWIG GAUPP, fortgeführt von FRIEDRICH STEIN, 15e neubearbeitete Auflage von Dr. MARTIN JONAS, 1934.
- GLASSON-TISSIER-MOREL, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, par E. GLASSON, ALBERT TISSIER et RENÉ MOREL, 3me édition, 1929.
- HEUSLER, Der Zivilprozess der Schweiz, von ANDREAS HEUSLER (Das Zivilprozessrecht der Kulturstaaten — eine Vorarbeit zur Deutschen Prozessreform — zweiter Band), 1924.
- VAN DEN HONERT, Handboek voor de Burgerlijke Regtsvordering, door J. VAN DEN HONERT, 1839.
- DE KANTER, Rechtsgronden en Rechtsmiddelen, door Mr. P. J. DE KANTER, ac. pr. Leiden, 1928.
- KLEIN-ENGEL, Der Zivilprozess Oesterreichs, von FRANZ KLEIN, mit Ergänzungen von FRIEDRICH ENGEL (Das Zivilprozessrecht der Kulturstaaten — eine Vorarbeit zur Deutschen Prozessreform — dritter Band), 1927.
- KLEINFELLER, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, von Dr. GEORG KLEINFELLER, 3e Aufl. 1925.
- KUHN, Het gezag van gewijsde in burgerlijke zaken, door L. H. C. KUHN, ac. pr. Amsterdam, 1905.
- VAN KUYK, Praeadvies Nederlandsche Juristenvereniging van Mr. J. VAN KUYK over de vraag „Staat het ongeschreven recht in kracht met dat

- in de wet beschreven op ééne lijn? Zoo neen, in hoever moet gelijke gelding worden aanvaard?" Handelingen N.J.V. 1916 I (Tweede stuk).
- LACHNER, Das neue Zivilprozessrecht Jugoslawiens, von Dr. Hofrat HUGO LACHNER, I Teil „Das Prozessverfahren“, 1933.
- LÉON-NOYON, LÉON's Rechtspraak, Deel II, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, derde druk, bewerkt door Mr. P. S. NOYON.
- MOREL, Traité élémentaire de Procédure Civile, par RENÉ MOREL, 1932.
- MUNCH-PETERSEN, Der Zivilprozess Dänemarks, von Dr. H. MUNCH-PETERSEN, (Das Zivilprozessrecht der Kulturstaaen — eine Vorarbeit zur Deutschen Prozessreform — vierter Band), 1932.
- DE NERÉE TOT BABBERICH, De Rechtsband tusschen hoofdelijke schuldenaren, door Mr. F. J. W. M. DE NERÉE TOT BABBERICH, ac. pr. Leiden, 1923.
- NOORDZIEK (I en II), J. J. F. NOORDZIEK, Geschiedenis der beraadslagingen, gevoerd in de Kamers der Staten-Generaal over het ontwerp van Wetboek van Burgerlijke Regtspleging, Zittingjaar 1827-1828, 1ste en 2de gedeelte.
- OUDEMAN, Het Nederlandsch Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, door Mr. A. OUDEMAN, 3de druk, 1863.
- PETIT, De grondslagen van het burgerlijk procesrecht, praeadvies voor de Vereeniging tot het bevorderen van de beoefening der wetenschap onder de Katholieken in Nederland, 1940, door Mr. CH. J. J. M. PETIT.
- PIGEAU, La procédure civile des tribunaux de France, par PIGEAU, 5me édition, 1833.
- DE PINTO, Handleiding tot het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, door Mr. A. DE PINTO, 2de druk, 1857.
- POLLAK, System des österreichischen Zivilprozessrechts, von RUDOLF POLLAK, 1930—1932.
- ROSENBERG, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, von Dr. LEO ROSENBERG, 3e Aufl. 1931.
- VAN ROSSEM-CLEVERINGA, Het Nederlandsche Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, verklaard en door formulieren toegelicht, door Mr. W. VAN ROSSEM Bz., 3de druk, bewerkt door Mr. W. VAN ROSSEM Bz. en Mr. R. P. CLEVERINGA Jz., met medewerking van Mr. W. M. E. VAN ROSSEM, 1934.
- SCHELTEMA, Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht, door Prof. Mr. F. G. SCHELTEMA, voltooid door Mr. H. J. SCHELTEMA.
- SCHOLTEN, Algemeen Deel, Mr. C. ASSER's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsche Burgerlijk Recht, Algemeen deel, door Mr. PAUL SCHOLTEN, tweede druk, 1934.
- SCHURTER-FRITZSCHE, Das Zivilprozessrecht des Bundes, von Dr. EMIL SCHURTER, bearbeitet und ergänzt von Prof. Dr. HANS FRITZSCHE, 1924.
- VON SEUFFERT-WALSMANN, Kommentar zur Zivilprozessrechts, von LOTHAR VON SEUFFERT, 12e Aufl., bearbeitet von Dr. HANS WALSMANN.
- STAR BUSMANN, Hoofdstukken van burgerlijke Rechtsvordering, door Mr. C. W. STAR BUSMANN, tweede druk.
- STAR BUSMANN, de exceptio pl. l.c., De exceptio plurium litisconsortium in het burgerlijk procesrecht, door Mr. C. W. STAR BUSMANN, ac. pr. Utrecht, 1902.
- SYDOW-BUSCH, de Gruytersche Sammlung Deutscher Gesetze, Handkommentare. Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, begonnen von Dr. R. SYDOW, weiterbearbeitet von Dr. L. BUSCH. 21e aufl. 1935.
- SUYLING, Inleiding tot het burgerlijk recht, door Mr. J. PH. SUYLING, tweede druk.
- TELDERS, Mr. B. M. TELDEERS, „l'Interlocutoire ne lie pas le juge“, in Feestbundel van Juri Sacrum, Rechtsgeleerde opstellen, Leiden, Stenfert Kroese, 1933.
- WOLFF, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, von Dr. jur. et phil. KARL WOLFF, 1936.
- WREDE, Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands, von Freiherrn Dr. R. A. WREDE (Das Zivilprozessrecht der Kulturstaaen — eine Vorarbeit zur Deutschen Prozessreform), 1924.

# AANGEHAALDE ARRESTEN VAN DEN HOOGEN RAAD

(De cijfers achter de jaartallen verwijzen naar de bladzijden in den tekst)

- |                                |   |
|--------------------------------|---|
| 4 Februari 1841, 103, 147.     | 18 Juni 1915, 108, 141.                 |
| 3 Januari 1845, 179.           | 10 December 1915, 87.                   |
| 21 Maart 1845, 38.             | 4 Februari 1916, 98.                    |
| 22 Mei 1846, 104.              | 20 April 1916, 89.                      |
| 9 Februari 1849, 179.          | 23 Juni 1916, 72, 74.                   |
| 26 October 1849, 69.           | 15 December 1916, 103, 202.             |
| 4 April 1851, 105, 151.        | 29 December 1916, 99.                   |
| 23 November 1860, 170.         | 26 Januari 1917, 183.                   |
| 30 Juni 1862, 4.               | 23 Februari 1917, 77, 89.               |
| 15 October 1863, 193.          | 1 Februari 1918, 74.                    |
| 25 Juni 1869, 189—190.         | 26 April 1918, 181.                     |
| 11 November 1870, 87.          | 17 Mei 1918, 181.                       |
| 26 Januari 1872, 34, 38.       | 24 Mei 1918, 77.                        |
| 10 April 1874, 34.             | 27 September 1918, 94, 194.             |
| 11 Maart 1881, 193.            | 31 Januari 1919, 4.                     |
| 10 Juni 1881, 106.             | 21 Februari 1919, 71.                   |
| 10 Maart 1882, 80, 94.         | 21 Maart 1919, 60.                      |
| 20 Februari 1885, 165.         | 20 Juni 1919 (N.J. 1919 blz. 813)       |
| 30 December 1885, 87.          | 94, 194, 195.                           |
| 15 October 1886, 193.          | 20 Juni 1919 (N.J. 1919 blz. 814)       |
| 31 December 1886, 87.          | 195.                                    |
| 20 Maart 1891, 166.            | 5 December 1919, 72, 74.                |
| 15 Mei 1896, 47.               | 20 Januari 1920, 196.                   |
| 18 Maart 1898, 59.             | 17 December 1920, 55.                   |
| 28 April 1899, 55.             | 4 Februari 1921, 27, 28 32v.v.          |
| 23 Februari 1900, 21.          | 11 Februari 1921, 71.                   |
| 17 April 1903, 94, 194.        | 17 Februari 1921, 93.                   |
| 26 Juni 1903, 93.              | 24 Februari 1921, 195.                  |
| 30 Maart 1906, 26, 27, 32, 37. | 24 Juni 1921, 94, 194, 195.             |
| 17 Januari 1908, 71.           | 4 November 1921, 165, 166, 167.         |
| 19 Februari 1909, 83.          | 16 Maart 1922, 84, 110, 140.            |
| 21 Mei 1909, 49.               | 12 Mei 1922, 84.                        |
| 24 December 1909, 94, 194.     | 2 Maart 1923, 74.                       |
| 10 Februari 1911, 194.         | 23 Maart 1923, 94, 194.                 |
| 13 April 1911, 94, 194.        | 20 April 1923, 84, 111, 140.            |
| 12 October 1911, 79, 94.       | 18 Mei 1923, 49, 60.                    |
| 15 Maart 1912, 27, 32, 37.     | 13 December 1923, 76, 77, 78.           |
| 29 Maart 1912, 44.             | 28 Maart 1924, 84, 111, 150.            |
| 14 Juni 1912, 79, 94.          | 10 April 1924, 202.                     |
| 8 November 1912, 83.           | 23 Mei 1924, 93.                        |
| 23 Mei 1913, 103.              | 20 Juni 1924, 184.                      |
| 9 Januari 1914, 76.            | 4 December 1924, 84, 111, 150.          |
| 29 Mei 1914, 72.               | 2 Januari 1925, 71.                     |
| 6 November 1914, 71.           | 13 Februari 1925, 113, 116, 134, 135,   |
| 11 December 1914, 4, 5.        | 138.                                    |
| 24 December 1914, 71.          | 23 April 1925, 81.                      |
| 8 Januari 1915, 93.            | 24 April 1925, 114, 134, 135, 137, 138. |
| 19 Februari 1915, 93.          | 15 Mei 1925, 115, 116, 137, 138.        |
| 26 Maart 1915, 106—109.        | 26 Juni 1925 (N.J. 1925 blz. 977)       |
| 14 Mei 1915, 76, 77.           | 55, 98.                                 |

- 26 Juni 1925 (N.J. 1925 blz. 961), 197, 200.  
 29 October 1925, 197.  
 6 November 1925, 21, 93.  
 17 December 1925, 93, 117, 148.  
 31 December 1925, 94, 194.  
 28 Januari 1926, 181.  
 22 April 1926, 77, 78.  
 21 Mei 1926, 181.  
 16 December 1926, 94, 194.  
 17 Maart 1927, 71, 72, 118, 137, 177.  
 10 Juni 1927, 9, 93, 94, 201.  
 14 October 1927, 157.  
 30 December 1927, 74, 120, 143—145.  
 19 Januari 1928, 195.  
 20 Januari 1928, 21.  
 15 Juni 1928, 55.  
 22 Juni 1928, 121, 151.  
 25 Juni 1928, 97.  
 29 Juni 1928, 4.  
 22 November 1928, 15, 168, 185—187.  
 4 Januari 1929, 122, 142.  
 21 Maart 1929, 195.  
 5 April 1929, 70.  
 10 Mei 1929, 28, 32v.v.  
 7 Juni 1929, 170.  
 29 November 1929, 74, 75, 78.  
 16 Januari 1930, 76.  
 6 Februari 1930, 72, 74.  
 7 Februari 1930, 197.  
 6 Maart 1930, 21.  
 7 Maart 1930, 80.  
 13 Juni 1930, 94, 194.  
 20 Juni 1930, 74.  
 31 October 1930, 74.  
 12 Maart 1931, 65, 75, 76.  
 30 Maart 1931, 166, 167.  
 15 Mei 1931, 123, 137, 148.  
 19 Juni 1931, 74.  
 26 Juni 1931, 72.  
 25 Augustus 1931, 170.  
 12 November 1931, 55, 124—127, 149, 150, 151, 179.  
 15 Januari 1932, 83.  
 1 April 1932, 76.  
 30 Juni 1932, 21, 79, 93.  
 9 December 1932, 171—172.  
 15 December 1932, 72.  
 30 December 1932, 93.  
 27 Januari 1933, 79.  
 30 Juni 1933, 74.  
 15 Februari 1934, 128, 134, 138, 190.  
 8 Maart 1934, 28, 29, 31v.v.  
 15 Juni 1934, 93, 128, 148.  
 16 November 1934, 129—130, 151  
 31 Januari 1935, 149.  
 21 Februari 1935, 74, 75, 76, 78.  
 22 Februari 1935, 161, 172.  
 31 Mei 1935, 197, 198, 199.  
 28 Juni 1935, 74.  
 25 October 1935, 71, 74.  
 9 Januari 1936, 166.  
 19 Maart 1936, 166.  
 16 April 1936, 167.  
 15 Mei 1936, 29vv..  
 5 Juni 1936, 44.  
 12 Juni 1936, 91.  
 18 December 1936, 80, 94.  
 18 Februari 1937, 43, 65.  
 4 November 1937, 166.  
 11 November 1937, 21, 184, 187—188.  
 21 Januari 1938, 74.  
 25 April 1938, 150.  
 24 Juni 1938, 49.  
 24 November 1938, 187, 188.  
 9 December 1938, 30v.v., 65.  
 16 December 1938, 95, 98.  
 13 Januari 1939, 103, 167, 168.  
 16 Juni 1939, 167, 168.  
 10 November 1939, 187.  
 21 December 1939, 166.  
 29 December 1939, 93.  
 15 Maart 1940, 84, 98.  
 9 Mei 1940, 75, 76, 86.  
 14 Juni 1940, 76.  
 21 Juni 1940, 87.  
 3 Januari 1941, 8, 9.  
 16 Januari 1941, 130—131, 136, 137, 138, 143.  
 10 Maart 1941, 4, 5.  
 15 Mei 1941, 8, 23, 54, 89.  
 30 Mei 1941, 166.  
 20 Juni 1941, 195.  
 2 Januari 1942, 180.  
 29 Januari 1942 (W. en N.J. 1941 no. 285) 131—132, 142.  
 29 Januari 1942 (W. en N.J. 1942 no. 287), 151, 153—160.  
 20 Maart 1942, 170.  
 12 Juni 1942, 74.  
 21 Mei 1942, 195.  
 27 November 1942, 98.  
 10 December 1942, 65, 69, 75, 76.  
 18 December 1942, 73, 74.  
 11 Februari 1943, 44.  
 2 April 1943, 86.



## APPENDIX

Dit boek werd in het voorjaar 1943 gedrukt. Tengevolge van verschillende, door den bezetter genomen maatregelen moest de publicatie tot na het einde van den oorlog worden uitgesteld.

Sedert het afdrukken werden verschillende rechterlijke uitspraken, en ook enkele artikelen gepubliceerd, welke betrekking hebben op onderwerpen, in dit geschrift behandeld. Daar een verwerking in den tekst niet mogelijk is volsta ik met deze op te nemen in de onderstaande lijst van aanvullingen. Met eventueel na September 1944 verschenen periodieken kon geen rekening worden gehouden, daar deze nog niet in mijn bezit zijn.

L. RUTTEN.

Vught, Juni 1945.

### AANVULLINGEN:

- blz. 21 achter noot 2: Vgl. ook Rb. Amsterdam 7 Maart 1944, W. en N. J. 1944 no. 356.
- blz. 29 achter noot 2: In denzelfden zin: Hof 's-Hertogenbosch 23 Februari 1943, W. en N. J. 1943 no. 566 (conventie).
- blz. 31 nieuwe regel achter regel 18 v.b.:  
1942. H.R. 6 Maart 1942, W. en N. J. 1942 no. 386.  
1943. H.R. 23 December 1943, W. en N. J. 1944 no. 164.  
1944. H.R. 14 April 1944, W. en N. J. 1944 no. 317.
- blz. 37 in regel 11 v.b. achter 1938: en in dat van 23 December 1943, W. en N. J. 1944 no. 164.
- blz. 44 achter regel 12 v.b.: In anderen zin: H.R. 18 Juni 1943, W. en N. J. 1943 no. 511; H.R. 23 December 1943, W. en N. J. 1944 no. 164. Vgl. hierover Mr. L. E. H. RUTTEN, Een nieuwe toepassing in het Nederlandsche recht van het vertegenwoordigingsbeginsel?, N. J. B. 1944 blz. 163 vv.
- blz. 44 achter noot 2: Anders t.a.v. de nietigheid van een testament: H.R. 14 April 1944, W. en N. J. 1944 no. 317.
- blz. 45 achter regel 20 v.b.: Vergelijk echter de eerste aanvulling op blz. 44.
- blz. 45 in regel 2 v.o. achter zijn: (aldus ook H.R. 23 December 1943, W. en N. J. 1944 no. 164).
- blz. 45 achter den laatsten regel: (aldus ook Hof 's-Hertogenbosch 23 Februari 1943, W. en N. J. 1943 no. 566).
- blz. 46 achter regel 5 v.b.: Anders de Hooge Raad, zie aanvullingen op blz. 44 en 45.

- blz. 48 achter regel 4 v.b.: Vergelijk H.R. 6 Maart 1942, W. en N. J. 1942 no. 386.
- blz. 50 achter noot 1: Vgl. echter de in de aanvullingen op blz. 44 vermelde arresten van 18 Juni 1943 en 23 December 1943.
- blz. 69 achter noot 4: Idem Hof Amsterdam 19 Februari 1942, W. en N. J. 1943 no. 729.
- blz. 76 achter noot 3: ; Mr. T. J. DORHOUT MEES, Ons interlocutoir was fout; wat nu?, W.P.N.R. 3867, en naar aanleiding daarvan schrijver dezes, De gebondenheid aan eindbeslissingen, W. P. N. R. 3877.
- blz. 84 in regel 4 v.o. der noten, achter no. 848: 21 Juli 1944, W. en N. J. 1944 blz. 466.
- blz. 86 achter de eerste alinea van noot 2: Hof Leeuwarden 23 Dec. 1942, W. en N. J. 1943 no. 575.
- blz. 86 achter noot 2: Vergelijk hierover Mr. L. E. H. RUTTEN, De appeltermijn van interlocutoire vonnissen, R. M. THEMIS 1944 blz. 15 v.v.; Mr. J. M. L. TH. CALS, Een opmerkelijk arrest, W. P. N. R. 3877.
- blz. 86 in regel 4 van noot 3, achter 715: Rb. 's-Hertogenbosch 9 Oct. 1942, W. en N. J. 1943 no. 565.
- blz. 96 achter noot 3: H.R. 21 Januari 1944, W. en N. J. 1944 no. 176; H.R. 30 Juni 1944, W. en N. J. 1944 no. 446.
- blz. 102 achter regel 5 v.b.: Vergelijk H.R. 23 Juli 1943, W. en N. J. 1943 no. 634; H.R. 11 November 1943, W. en N. J. 1943 no. 890.
- blz. 110 achter noot 1: Vergelijk ook H.R. 21 Juli 1944, W. en N. J. 1944 no. 466 (aansprakelijkheid mogelijk geacht op grond van art. 1404 B.W., hoewel de dagvaarding was gebaseerd op art. 1403 B.W.).
- blz. 128 achter noot 2: In denzelfden zin: H.R. 21 Juli 1944, W. en N. J. 1944 no. 506.
- blz. 132 nieuwe regel na den laatsten regel van den tekst:  
 XXVI. H.R. 26 Maart 1943, W. en N. J. 1943 no. 573.  
 XXVII. H.R. 11 Juni 1943, W. en N. J. 1943 no. 505, en conclusie P. G. BERGER.  
 XXVIII. H.R. 23 Juli 1943, W. en N. J. 1943 no. 634.  
 XXIX. H.R. 21 Januari 1944, W. en N. J. 1944 no. 216.
- blz. 134 regel 3 v.b. achter XXI: ; H.R. 26 Maart 1943, W. en N. J. 1943 no. 573 en H.R. 11 Juni 1943, W. en N. J. 1943 no. 505.
- blz. 138 achter regel 8 v.b.: Aldus implicite ook H.R. 26 Maart 1943, W. en N. J. 1943 no. 573, in afwijking van de conclusie van den P. G. BERGER.



- blz. 140 achter regel 23 v.b.: Vergelijk ook H.R. 21 Juli 1944, W. en N. J. 1944 no. 466.
- blz. 143 in regel 3 v.b. achter arrest: (Vergelijk over een soortgelijke kwestie H.R. 21 Januari 1944, W. en N. J. 1944 no 216, genoemd in de aanvullingen op blz. 132).
- blz. 160 achter noot 1: Vgl. echter Hof 's-Hertogenbosch 18 Januari 1944, W. en N. J. 1944 no. 481.
- blz. 194 achter noot 1: H.R. 11 Februari 1944, W. en N. J. 1944 no. 198.
- blz. 195 achter noot 4: H.R. 8 October 1943, W. en N. J. 1943 no. 798.
- blz. 271 achter den laatsten regel:
- 6 Maart 1942, 31, 48.
  - 26 Maart 1943, 132, 134, 138.
  - 11 Juni 1943, 132, 134.
  - 18 Juni 1943, 44, 46, 50.
  - 23 Juli 1943, 102, 132.
  - 8 October 1943, 195.
  - 11 November 1943, 102.
  - 23 December 1943, 31, 37, 44, 45, 50.
  - 21 Januari 1944 (W. en N. J. 1944 no. 176), 96.
  - 21 Januari 1944 (W. en N. J. 1944 no. 216), 132, 143.
  - 11 Februari 1944, 194.
  - 14 April 1944, 31, 44.
  - 30 Juni 1944, 96.
  - 21 Juli 1944 (W. en N. J. 1944 no. 466), 84, 110, 140.
  - 21 Juli 1944 (W. en N. J. 1944 no. 506), 128.

#### CORRIGENDA:

- blz. 13, regel 19 v.b.: lees Fransche i.p.v. Fransch.
- blz. 22, regel 6 v.b.: lees geschrift i.p.v. geschrift.
- blz. 23, regel 7 v.o.: lees geappelleerd i.p.v. geappelleerd.
- blz. 74, regel 18 v.b.: lees impliciete i.p.v. inpliciete.
- blz. 159, regel 12 v.o.: lees procedure i.p.v. proedure.
- blz. 170, aanhef noot 2: lees Aldus ook i.p.v. Aldus over.
- blz. 271, eerste kolom, regel 21 v.b.: lees 68 i.p.v. 168.



## STELLINGEN

### I

Ten onrechte wordt in de praktijk veelal een schijnhandeling genoemd de handeling, welke in wezen niet is een schijnhandeling, maar een fiduciaire rechtshandeling, een handeling in fraudem creditorum of in fraudem legis.

### II

De vruchtgebruiker van een landgoed, voor het geheel of voor een gedeelte bestaande uit houtopstanden, is gerechtigd opgaande bosschen te vellen of boomen daaruit te hakken, mits hij hierbij in acht neemt de beheersregels betreffende de exploitatie van een landgoed, krachtens welke de vorige eigenaars te werk plachten te gaan.

### III

De boomen, welke niet krachtens een recht van voorpoting, maar krachtens de wet van 19 ventôse an 13 (1805), of het decreet van 16 December 1811, door de aangrenzende eigenaars op de Rijkswegen zijn geplant, behooren niet in eigendom toe aan de tegenwoordige eigenaars der aangrenzende perceelen als zoodanig, maar (voorzoover er geen eigendomsverkrijging op bepaalde wijze heeft plaats gevonden) aan den planter of aan diens opvolgers onder algemeenen titel.

### IV

Ook vóór de inwerkingtreding van de Wegenwet 1930 was voor het openbaar worden van een weg, naast de bestemming door den eigenaar, tevens noodig de medewerking van de Overheid.

### V

Aan de bepaling van artikel 223 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt in de praktijk veelvuldig te kort gedaan, doordat na een opgedragen getuigenbewijs mede wordt recht gedaan op verklaringen



van een door één der partijen voorgebrachten getuige, welke in wezen deskundigenverklaringen zijn.

## VI

De samenstellers van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering hebben er zich geen rekenschap van gegeven, dat het nagenoeg geheel achterwege laten van een regeling van de gevolgen van het hooger beroep in de praktijk veel processueele moeilijkheden en onzekerheden tot gevolg heeft.

## VII

Het adagium „l'interlocutoire ne lie pas le juge" heeft voor het Nederlandsche recht rechtskracht, met dien verstande, dat onder „l'interlocutoire" uitsluitend moet worden begrepen de interlocutoire beslissing.

## VIII

Door den liquidateur eener ontbonden naamlooze vennootschap kan de actio Pauliana niet worden ingesteld met betrekking tot een door de naamlooze vennootschap met of ten behoeve van een derde verrichte handeling.

## IX

De tegenstelling, welke de wet in de artikelen 748 en 749 en volgende van het Wetboek van Koophandel maakt tusschen binnenschepen, welke van of naar het buitenland varen, en de binnenlandsche scheepvaart, is ongewenscht.

## X

Hij, die zich op een der in artikel 416 Wetboek van Strafrecht genoemde wijzen een voorwerp verwerft, wetende dat dit voorwerp is verkregen door middel van een handeling, welke een z.g. economisch misdrijf oplevert, kan niet veroordeeld worden wegens heling.

---





K 2597